

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

ÉVOLUTION HISTORIQUE
DES
EXCEPTIONES
ET DES
PRAESCRIPTIONES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Es-Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Le 27 novembre 1916, à 14 heures

PAR

JEAN PÉTRAU-GAY

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU ET C^{ie}

ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1916



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ÉCOLE DE MÉDECINE

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

MM.

THALLER, *, I. , professeur honoraire.

AUDIBERT, *, I. , professeur honoraire.

JOSSERAND, I. , doyen, professeur de Droit civil.

HUVELIN, I. , assesseur du Doyen, professeur de Droit romain.

GARRAUD, I.  , correspondant de l'Institut, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), *, I. , professeur de Droit romain.

COHENDY, O. *, I.  , professeur de Droit commercial.

PIC (Paul), *, I. , professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. , professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. , professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, I. , professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, I. , professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

BROUILHET, I. , professeur d'Économie politique.

LÉVY, I. , professeur de Droit civil.

GONNARD, I. , professeur d'Histoire des Doctrines Économiques et d'Économie politique.

BOUVIER-BANGILLON, I. , professeur de Procédure civile.

PICARD, agrégé, chargé des Cours de Droit Civil.

BECQ (Joseph), I. , secrétaire.

MEMBRES DU JURY :

M. HUVELIN, *professeur, Président.*

MM. Ch. APPLETON, <i>professeur,</i>	} <i>Assesseurs.</i>
LAMBERT, <i>professeur,</i>	

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

ÉVOLUTION HISTORIQUE
DES
EXCEPTIONES
ET DES
PRAESCRIPTIONES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Es-Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Le 27 novembre 1916, à 14 heures



PAR

JEAN PÉTRAU-GAY

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU ET C^e

ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1916

ÉVOLUTION HISTORIQUE
DES
EXCEPTIONES ET DES PRAESCRIPTIONES

AVANT-PROPOS

Bien qu'ayant fait déjà l'objet de nombreux traités, la question des *exceptiones* et des *praescriptiones* n'a été véritablement envisagée par les auteurs modernes que dans la dernière phase de son évolution. C'est que précisément les témoignages sur la matière sont, à l'époque classique, d'une abondance et d'une précision telles que la physionomie de ces deux institutions apparaît dans l'ensemble avec un relief singulier. Au contraire, sur le long passé antérieur à cette époque, les renseignements sont rares. Les Prudents de l'âge classique ne s'inquiètent pas d'entreprendre des recherches sur l'évolution historique des institutions qui fonctionnent sous leurs yeux. Et quand, par hasard, ils essaient de faire allusion au passé, ils l'interprètent à la lumière

du droit de leur époque, de sorte que leurs indications sont incomplètes ou inexactes. Les termes juridiques, comme les autres du reste, peuvent rester tels quels à travers les âges ; mais l'apparence de cette fixité recouvre une grande variété de significations successives, amenée par la transformation progressive du milieu social.

C'est pourquoi il importe, avant tout, de se défier des indications fournies par les auteurs classiques sur l'ancien droit. Autrement, si l'on veut rechercher ses caractères d'après les brèves allusions des classiques, on risque d'obtenir des résultats peu conformes à l'histoire véritable : car, en réalité, c'est la doctrine des Prudents que l'on projette dans le passé le plus reculé, et que l'on aperçoit en quelque sorte par transparence dès l'âge le plus lointain, au rebours de l'ordre de succession des institutions juridiques.

Aussi nous avons jugé bon, pour éviter ces anticipations historiques, d'élargir la base de notre documentation. Sans doute nous n'avons pas négligé les indications des jurisconsultes classiques : nous les avons analysées, après nous être assurés qu'elles visaient le droit contemporain de ces jurisconsultes, et leur avons assigné le rôle de simples témoignages, susceptibles de faire foi à leur date bien déterminée. Quant à la reconstitution de l'évolution historique des *exceptiones* et des *praescriptiones*, nous avons essayé, pour la décrire, de faire l'examen critique des allusions faites par les clas-

siques au passé, en les éprouvant à la lumière des quelques témoignages directs, légués par l'histoire. L'étude des survivances du vieux droit dans le droit classique, la recherche des indices parsemés dans les ouvrages des auteurs littéraires et juridiques antérieurs à l'âge classique, l'analyse de la terminologie des différentes époques nous ont également donné une aide précieuse.

Bref, nous avons tenté de sérier les étapes, de marquer l'évolution des idées, en un mot de faire de l'histoire du droit.

Aussi bien, nous n'avions qu'à suivre les exemples et les conseils de nos maîtres de la Faculté de droit. Nous les en remercions respectueusement, et en particulier M. le professeur Huvelin, qui a bien voulu nous guider dans l'élaboration de ce travail.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

APERÇU DE L'OPINION DOMINANTE. — NOTRE POINT
DE VUE. — DIVISION DE NOTRE SUJET

L'*exceptio*, telle que l'opinion généralement admise se la représente actuellement (1), est exclusivement un moyen de défense, apparu dans le cours de la procédure formulaire. Placée dans le cadre même de la formule, après l'*intentio*, pour subordonner à une seconde condition le pouvoir de condamner du juge, elle pose au *iudex* une question distincte de l'*intentio*. Par l'*exceptio*, le défendeur ne nie pas la prétention du demandeur ; il la suppose au contraire bien fondée, mais il lui oppose un fait distinct, que le préteur considère comme devant écarter son effet. La conséquence d'une *exceptio*, reconnue justifiée par le *iudex*, est à la fois de para-

(1) Tous les traités français et étrangers de droit romain considèrent l'*exceptio* comme un moyen de défense. Entre autres : P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, 1911, pp. 1029-1034. — Cf. aussi : Lenel, *Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, 1876, p. 44 ; Wlassak, *Der Ursprung der römischen Einrede*, 1910, pp. 29-32 ; Schlossmann, *Praescriptiones und Praescripta verba*, 1906, et le compte rendu de Partsch (*Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 440-446).

lyser le droit du demandeur et d'amener l'absolution du défendeur (1).

Ce moyen de défense n'a pu faire son apparition en droit romain qu'à une époque relativement récente. Il a été précédé par la *praescriptio pro reo*, clause écrite en tête de la formule (2), immédiatement après la nomination du juge, dans l'intérêt du défendeur, pour le soustraire, dans certains cas, à la condamnation, malgré la régularité juridique de la prétention du demandeur. L'*exceptio* aurait peu à peu supplanté dans cette fonction la *praescriptio pro reo*, de sorte que la riposte du défendeur, après avoir été écrite en tête de la formule, a été incorporée dans la formule elle-même.

(1) Gaius, *Inst.*, 4, 119 ; Ulpien, *Dig.*, 44, 1 (*De except.*), 2, pr.; 2, 2. — On aperçoit nettement ce qui sépare l'exception de la défense proprement dite, tant au point de vue de la forme qu'au point de vue du fond.

La défense est tirée de la négation même du droit du demandeur. L'*intentio* pose elle-même au juge la question, à laquelle se rapporte la défense : ainsi le point de savoir si le droit existe ou a été éteint. Dès lors le défendeur pourra invoquer une défense devant le juge, sans avoir eu besoin de la faire valoir *in iure*. Au contraire le défendeur, qui veut faire valoir une exception, devra la faire insérer *in iure* dans la formule. Sans cela, le juge, saisi seulement de la question posée dans l'*intentio*, ne pourrait s'en occuper.

Au point de vue du fond, le droit, contre lequel il y a une défense, n'existe pas, tandis que le droit, contre lequel existe une exception, est seulement paralysé. La différence entre la défense proprement dite et l'exception est bien claire.

(2) Les auteurs modernes admettent en général que la *praescriptio pro reo* a donné naissance à l'*exceptio*. Voir, en outre des ouvrages déjà cités : Wlassak, *Praescriptio und bedingter Process*, Z. S. St., 33, 1912, pp. 81-159 ; Pissard, *Les questions préjudicielles en droit*

Quant à la *praescriptio pro actore*, encore en usage à l'époque de Gaius, au II^e siècle de notre ère, elle est une clause écrite, elle aussi, en tête de la formule (1), après la désignation du juge. Mais l'opinion dominante la met à part dans l'étude des *praescriptiones* et des *exceptiones* (2). C'est que la *praescriptio pro actore* n'a de commun avec la *praescriptio pro reo* que le nom et

romain, thèse Paris, 1908, pp. 111-123. Mais Schlossmann (*op. cit.*, pp. 29. 42. 44) voit dans la *praescriptio pro reo* une *exceptio*, décorée du terme *praescriptio*, sous l'influence du droit et de la rhétorique grecs. Παραγραφή a été traduit en *praescriptio*. C'est un de ses arguments pour établir que la formule n'était pas nécessairement écrite, puisque *praescriptio pro reo* serait un vocable, importé de Grèce, et sans aucun rapport avec une écriture en tête de la formule. Cf. Gaius, *Inst.*, 4, 133.

(1) L'opinion courante le reconnaît. Schlossmann (*op. cit.*, pp. 16-24) ne nie pas le caractère écrit de la *praescriptio pro actore*, mais il donne au verbe *praescribere* un sens temporel : écrire auparavant. L'opinion dominante interprète au contraire le *prae* au sens local de : en tête de. Elle en tire argument en faveur de la littéralité de la formule elle-même : car un *praescriptum* ne peut être suivi que de quelque chose d'écrit. Schlossmann devait combattre cette interprétation et, naturellement, en proposer une autre, qui fût en harmonie avec sa thèse sur l'oralité de la formule. La *praescriptio pro actore* est écrite, mais la formule est orale : ce qui suit un *praescriptum* peut être dit. Avec le sens temporel, *praescribere* peut précéder n'importe quoi, d'écrit ou d'oral. Cf. Gaius, *Inst.*, 4, 132.

(2) Mais il y a quelques dissidents qui assimilent les *praescriptiones pro actore* aux *praescriptiones pro reo* : d'après eux en effet toutes deux fixeraient les limites du procès, sans consommer définitivement l'action. Cf. Dernburg, *Ueber das Verhältniss der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singular-Klagen*, 1852, pp. 36-49 ; Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, t. I, 1871, 270, 34 ; Hugo Krüger, *Z. S. St.*, 26, 1905, p. 543 et ss. ; Partsch, *Die longi temporis praescriptio*, 1906, pp. 72-73.

la forme écrite au début de la formule. Mais elle n'est pas un moyen de défense. Elle est insérée en faveur du demandeur qui a limité l'objet de sa réclamation, pour éviter de déduire tout son droit en justice et se ménager ainsi l'accès ultérieur des tribunaux.

Ainsi, pour le défendeur, la *praescriptio pro reo* a précédé l'*exceptio*, et, pour le demandeur, la *praescriptio pro actore* s'est maintenue jusqu'à l'époque classique (1). Le trait commun à ces trois institutions serait qu'elles font partie de la formule. Mais, comme la formule n'existe pas sous les Actions de la loi, elles ne peuvent dater que de l'introduction de la procédure par formules, autorisée par la loi *Æbutia* (2).

Cette loi, dont la date est très discutée (3), a été fixée par M. Girard entre les années 605-628 de Rome. Elle aurait eu, d'après cet auteur, une portée considérable.

(1) Gaius, *Inst.*, 4, 133.

(2) Cf. *La date de la loi Æbutia*, article de M. P. F. Girard paru d'abord dans la *Z.S.St.*, 14, 1893, pp. 1-54, ensuite dans la *N. R. H.*, 1897 (XXI), pp. 249-294, enfin dans les *Mélanges de droit romain* de M. P. F. Girard, I, 1912, pp. 67-114, avec des additions. — Cf. aussi : *Nouvelles observations sur la date de la loi Æbutia*, article de M. P. F. Girard, paru d'abord dans la *Z. S. St.*, 29, 1908, pp. 113-169 et ensuite dans les *Mélanges de droit romain* du même auteur, I, 1912, pp. 114-169, avec des notes complémentaires. Nous citerons ces deux articles d'après la pagination des *Mélanges de droit romain* de M. P. F. Girard, I, 1912, pp. 67-169. Cet ouvrage renferme d'ailleurs la dernière pensée, jusqu'à ce jour, de ce savant sur le problème historique de la loi *Æbutia*, sa date et sa portée.

(3) M. Girard, *Mél. de dr. rom.*, p. 67, n. 3, relève les principales dates admises par les divers auteurs. Il en résulte que cette loi *Æbutia* est ballottée par les commentateurs du milieu du v^e siècle à la fin du vii^e siècle.

Jusqu'alors, en effet, les Romains se servaient exclusivement de la procédure traditionnelle des Actions de la loi. Légales, les *legis actiones* ne pouvaient être employées qu'en vertu d'une loi expresse ; formalistes, elles impliquaient l'emploi de formes solennelles requises à peine de nullité. Le rituel à observer, les mots à prononcer, les gestes à faire, tout était soumis à des formes arrêtées (1). Elles se déroulaient contradictoirement (2) en présence de deux autorités judiciaires, dont l'une assistait à l'organisation de l'instance et l'autre tranchait le débat. Le magistrat, celui qui assistait à l'organisation de l'instance, avait une fonction qu'il faut déterminer pour saisir ensuite toute la portée de la loi *Æbutia*. Son rôle, purement passif, consistait à conférer une sorte d'authenticité aux actes des parties. Le magistrat prononçait les paroles que la loi lui ordonnait de prononcer ; mais c'est tout. Il ne pouvait ni accorder l'action, quand la loi ne l'accordait pas, ni la refuser, quand la loi la donnait (3). Et, s'il y avait procès,

(1) Girard, *Manuel*^h, pp. 971-973.

(2) Sauf la *pignoris capio*. Cf. Gaius, *Inst.*, 4, 29. Cette procédure était la seule *legis actio* qui pût avoir lieu un jour quelconque, hors la présence de l'adversaire et du magistrat. La *pignoris capio* était la saisie faite sans jugement par le créancier d'un objet appartenant au débiteur qui ne le paie pas. C'est un moyen de contrainte qui a fonctionné à peu près partout où l'organisation judiciaire n'a pas encore arrêté l'initiative du créancier. Cf. Paul Collinet, *Etude sur la saisie privée*, thèse Paris, 1893, pp. 33-78 ; Summer-Maine, *Etudes sur les institutions primitives*, 1880, pp. 309-378 ; Girard, *Manuel*^h, pp. 981-983.

(3) Sur les pouvoirs du magistrat avant la loi *Æbutia*, consult.

c'était au *iudex*, devant qui était ensuite envoyée l'affaire, à statuer.

Depuis la loi *Æbutia*, un bouleversement profond aurait été réalisé dans la procédure civile romaine. Cette loi, tout en maintenant la division de l'instance en deux phases, l'une devant le magistrat, l'autre devant le *iudex*, aurait introduit, à côté des Actions de la loi, la procédure par formules. Le procès est désormais lié, non plus par les gestes et les termes sacramentels des parties, mais par le magistrat qui en rédige le programme pour le juge et a, par suite, un tout autre pouvoir. Le magistrat n'assiste plus à l'organisation de l'instance par les parties, il organise lui-même l'instance (1).

Mais la loi *Æbutia* n'a pas aboli les Actions de la loi en introduisant la procédure formulaire (2). Elle a per-

Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, I, 1864, p. 52 ; Baron, *Institutionen und Civilprozess*, 1884, p. 382, n. 3 ; Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, III, 1887, p. 59 = tr. fr., VI, I, 1889, p. 64 ; Joers, *Römische Rechtswissenschaft*, I, 1888, pp. 157-196 et ss. ; Ihering, *Geist des römischen Rechts*, II, 2^e, 1889 = tr. fr., III, 330 ; A. Pernice, *Z. S. St.*, 14, 1893, p. 143, n. 5, et *Z. S. St.*, 20, 1899, p. 131, n. 5. Mais M. Girard est celui qui a le plus nettement mis en relief cette doctrine. Les pouvoirs du magistrat sous les Actions de la loi auraient deux traits caractéristiques : d'abord ils seraient commandés par les actes des parties, ensuite ils seraient sous la dépendance la plus étroite de la loi. Cf. Girard, *Mél.*, pp. 74-76, 126-136, et *Manuel*², pp. 977-978.

(1) Girard, *Manuel*², p. 996.

(2) Il existe en effet des formules pour tous les droits, de même toutes les *legis actiones* anciennes se retrouvent après la loi *Æbutia*. Cf. Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, 1888, pp. 62-72 et 85-103, à qui revient le mérite de cette démonstration ; Girard, *N. R. H.*, 1889,

mis aux parties, sous le contrôle du magistrat, de choisir (1) entre les *legis actiones* et la *formula*. Le magistrat dès lors, en contrôlant le choix des parties, a le droit de refuser un des moyens quand il accorde l'autre, et d'accorder l'un quand il refuse l'autre (2). Mais le préteur fut bientôt amené à faire un nouveau pas : dégagé des liens qui résultaient pour lui de la loi, c'est lui et non plus la loi qui donne les actions. Aussi, tout naturellement, il en vint à refuser les actions que la loi donnait, même sans accorder des formules à la place, et à délivrer des formules non seulement dans les cas où la loi donnait une action, mais encore dans ceux où elle la refusait (3).

De la loi *Æbutia* date l'éclosion du droit prétorien, qui peu à peu se développe pour combler les lacunes du vieux droit civil et apporter des sanctions nouvelles et appropriées à des cas nouveaux. La formule, le programme rédigé par le préteur pour le *iudex* se révéla

p. 298, qui fut un des premiers à donner son approbation à la doctrine de M. Wlassak.

(1) Cf. Wlassak, *op. cit.*, pp. 103-139, qui établit que la loi *Æbutia* donne aux parties le choix entre l'ancienne procédure des Actions de la loi et la procédure par formules nouvelle, sous le contrôle du magistrat. M. Girard, *N. R. H.*, 1889, p. 299, se rallie à cette interprétation.

(2) Girard, *Manuel*², p. 998, n. 2 ; *Mél.*, déjà cités, pp. 76. 136.

(3) Le magistrat vint étouffer des prétentions fondées sur la loi et sanctionner des prétentions sans base légale. On conçoit sans peine l'effet considérable de cette loi, qui affranchit de la sujétion le magistrat pour lui donner l'initiative de réformes importantes dans le droit. Cf. Girard, *Manuel*³, *loc. cit.* ; *Mél.*, p. 76, n. 1 et pp. 137-147.

comme un moyen souple, et susceptible à la fois de servir la loi comme d'en corriger les insuffisances (1).

Telle est la doctrine de M. Girard. C'est la plus fortement documentée et la plus clairement affirmée. Elle peut passer pour être la doctrine traditionnelle : car elle reflète dans l'ensemble la théorie de Keller et des premiers romanistes du xix^e siècle (2).

Sans doute il y a de nombreuses dissidences (3) :

(1) Cf. *Mél.*, pp. 160-161.

(2) Keller, *Ueber Litiscontestatio und Urtheil*, 1827, et *Der römische Civilprozess und die Actionen*, 6^e éd., 1883. La théorie de Keller a été suivie par les romanistes que nous avons cités (*suprà*, p. 9, n. 3). M. Girard a dégagé de cette doctrine des conséquences, auxquelles on n'avait pas encore pensé. La démonstration de M. Girard est approuvée par la plupart des auteurs. Ainsi : Bekker, *Z. S. St.*, 15, 1894, p. 164 ; Erman, *Z. S. St.*, 19, 1898, p. 285, n. 2 ; Giffard, *La confessio in jure*, thèse Paris, 1900, pp. 17-37, n. 2 ; Senn, *Leges perfectae minus quam perfectae et imperfectae*, 1902, pp. 3 et ss., 73, n. 3 ; Partsch, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse*, thèse Breslau, 1905, p. 1, n. 3 ; Boulard, *Les instructions écrites du magistrat au juge-commissaire dans l'Égypte romaine*, 1906, p. 2, n. 1 ; N. Herten, *Précis de droit romain*, Lausanne, 1906, pp. 115-116 ; Gaston May, *Éléments de droit romain*, 1907, p. 581 ; Seckel, *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 1907, p. 21, v^o *Æbutia lex* ; Fliniaux, *Le vadimonium*, thèse Paris, 1908, p. 36, n. 1.

(3) Ceux qui contestent en tout ou en partie la doctrine de M. Girard sont relativement peu nombreux. Parmi eux se trouvent notamment : MM. Cuq, *Institutions des Romains*, II, 1902, p. 732 ; I, 2^e éd., 1904, p. 286 ; Mittels, *Römisches Privatrecht bis auf Diocletian*, I, 1908, p. 52, n. 30 ; Wlassak, *Z. S. St.*, 25, 1904, pp. 81, n. 1, 131, n. 2, 136, et *Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 91, n. 1, 96, 98, n. 2, 105-112 ; Appleton, *Z. S. St.*, 26, 1905, pp. 6-9 ; Huvelin, *Mélanges Gérardin*, 1907, p. 325, n. 2. — M. Girard a répondu aux critiques de ces auteurs dans ses *Nouvelles observations sur la date de la loi en Æbutia*, en 1908. Depuis, deux auteurs ont à nouveau contesté le

nous n'en citerons qu'une, qui est en relation étroite avec notre sujet, l'opinion de M. Wlassak. Pour ce célèbre historien, le magistrat avait, déjà sous les Actions de la loi, de larges pouvoirs. Il avait notamment le droit de *denegare legis actionem*, dès avant la loi *Æbutia*. Le demandeur se voyait refuser ainsi la permission d'intenter la *legis actio*, quand le magistrat faisait droit aux objections du défendeur (1). Et cette *denegatio*, œuvre du magistrat, était une *exceptio prae-toris* (2). Grâce à elle, le magistrat venait au secours

point de vue de M. Girard : Velsen, *Beiträge zur Geschichte des Edictum praetoris urbani*, Leipzig, 1909, p. 94, et Lenel, *Z. S. St.*, 30, 1909, pp. 329-354. — M. Girard, *Mél. de dr. rom.*, pp. 169-175, a justifié son opinion dans des notes complémentaires, placées à la suite de ses deux articles sur la date de la loi *Æbutia*, qu'il a rassemblés dans ce recueil, en 1912.

(1) Wlassak (*Z. S. St.*, 28, 1907, p. 100 à la note ; *Der Ursprung der Einrede*, 1910, pp. 7-12 ; *Praescriptio und bedingter Process*, *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 152 et ss.) soutient que le magistrat pouvait *denegare legis actionem* avant la loi *Æbutia*. Avec lui, d'autres auteurs repoussent comme trop absolue l'opinion de M. Girard au sujet de l'inexistence de la *denegatio* du magistrat à cette époque de la procédure civile romaine, et admettent au contraire que le magistrat devait, avant la loi *Æbutia*, avoir le droit d'arrêter le demandeur qui veut intenter une *legis actio*, en lui refusant, après examen, son concours. Ainsi : Karlowa, *Legisaktionen*, 1872, p. 343 ; Lenel, *Ursprung der Exceptionen*, 1876, p. 41 et ss., et récemment dans *Z. S. St.*, 30, 1909, p. 324 et ss. ; Erman, *Z. S. St.*, 19, 1898, pp. 275. 285, n. 2 ; Partsch, *Schriftformel*, 1905, p. 146, n. 3. Il faut remarquer ici que ces deux derniers auteurs, bien qu'acceptant dans l'ensemble le raisonnement de M. Girard sur la date de la loi *Æbutia*, ne partagent pas ses vues sur l'impossibilité pour le magistrat de refuser son concours. Cette liste d'auteurs est à rapprocher de celle donnée *suprà*, p. 12, n. 3, sur les adversaires de la théorie de M. Girard.

(2) M. Wlassak, *Der Ursprung der römischen Einrede*, pp. 25-28,

du défendeur. Cette *exceptio praetoris* était l'antécédent lointain, à l'époque des Actions de la loi, des *praescriptiones pro reo* et des *exceptiones*, qui n'ont pu faire leur apparition qu'à partir de l'introduction de la procédure par formules, permise par la loi *Æbutia*.

décrit cette *exceptio praetoris*, dont le terme lui est donné par un passage du *De invent.*, de Cicéron, 2, 19, 57. Il est question aussi de *praetoriae exceptiones* dans un texte tiré de la *Rhét. à Hér.*, 1, 12, 22. M. Wlassak étudie ce que peut signifier une telle expression, et trouve là un argument en faveur de l'existence ancienne de la *denegatio* du magistrat. Le préteur *excipit*, c'est-à-dire tire, sauve du procès le défendeur menacé de l'*actio* du demandeur (*op. cit.*, p. 28). C'est donc le magistrat qui mettait en œuvre l'*exceptio*. Par là, le magistrat empêchait la formation même du procès. Dès lors (*op. cit.*, p. 32), la décision du magistrat de refuser l'action au demandeur étouffe le procès actuel, mais (*op. cit.*, pp. 34 et ss., 43 et ss.) laisse intact le droit du demandeur, et lui permet, à la différence d'un jugement, de réclamer à nouveau l'action, sans encourir la déchéance résultant de la chose jugée. Le seul effet de l'*exceptio praetoris* sera de créer pour l'avenir un préjugé défavorable au demandeur, qui ultérieurement réclamerait à nouveau au magistrat la permission d'intenter l'action. — M. Wlassak, *Praescriptio und bedingter Process*, Z. S. St., 33, 1912, pp. 136-159, continua son exposé sur les divers moyens de défense. A la *denegatio* se joignit, à partir de l'introduction de la formule, la *praescriptio pro reo*, clause écrite en tête de la formule, soumise comme la formule elle-même à l'examen du *iudex*. La *praescriptio*, insérée dans la formule pendant la phase *in iure* de la procédure, rend la *litis contestatio* conditionnelle. Le procès dépend de la vérification par le juge de cette condition. De deux choses l'une : ou bien le juge regardera la condition, qui permet le procès, comme existante, et alors sa sentence portera sur le fond du droit ; le procès sera rétroactivement fondé, et la sentence équivaudra à un jugement sur le droit du demandeur. Ou bien le juge regardera la condition comme défaillie, et prendra simplement acte de la défaillance de la condition. Sa sentence déclarera que l'action du demandeur n'aura pas d'effets judiciaires, puisque la condition, à laquelle elle était subordonnée pour déployer ses effets, ne s'est pas réalisée. Cette sentence du juge a le

Mais M. Wlassak, qui combat ainsi (1) la doctrine de M. Girard sur la portée de la loi *Æbutia*, est pourtant d'accord avec lui sur la fonction et l'âge récent de l'*exceptio*. Celle-ci est exclusivement réservée au défen-

même effet ici que la *denegatio* du magistrat. Le demandeur, qui n'a pas pu déduire son droit en justice, pourra revenir ultérieurement soumettre au tribunal son droit, sans se heurter à la chose jugée, puisque le juge s'est abstenu de juger le fond du droit. — Enfin, après la *praescriptio*, l'*exceptio* fait son apparition. Incorporée dans le cadre même de la formule, elle est soumise au juge, qui l'examinera avec le droit du demandeur et rendra une sentence d'absolution, s'il reconnaît fondée l'*exceptio*. Le demandeur s'opposera ici à la chose jugée, s'il renouvelle son action contre le défendeur. La sentence du juge est un jugement. Ainsi de plus en plus les droits de défense deviennent efficaces et assurent peu à peu une protection équitable au défendeur.

(1) Le combat est énergiquement mené de part et d'autre. Voici l'historique de la controverse : Girard (*La date de la loi Æbutia*, *Z. S. St.*, 14, 1893, pp. 1-54) expose ses vues sur cette loi ; puis les reproduit en 1897 (*N. R. H.* ; XXI, 1897, pp. 249-294), avec quelques additions. — Wlassak (*Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, Erster Teil, *Z. S. St.*, 25, 1904, pp. 81-118, Zweiter Teil, *Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 1-114) écrit ses objections contre la théorie de M. Girard. — Réplique de Girard (*Nouvelles observations sur la date de la loi Æbutia*, *Z. S. St.*, 29, 1908, pp. 113-163). — Wlassak maintient son point de vue dans *Der Ursprung der römischen Einrede*, Wien, 1910. — Girard répond aux objections de Wlassak dans les *Mélanges de droit romain*, 1, 1912, pp. 67-174, en rassemblant ses deux articles précédents et en ajoutant de nouveaux arguments dans les notes consacrées à la critique de l'article de Lenel, paru en 1909, dans *Z. S. St.*, 30, 1909, pp. 329-354, et qui développe la doctrine de Wlassak. — En 1912, Wlassak écrit une nouvelle démonstration de son opinion et critique l'édition des *Mélanges*, dans *Z. S. St.*, 33, 1912, pp. 81-159 et surtout pp. 136-159.

Les deux grands savants ne sont pas encore arrivés à se convaincre l'un ou l'autre ; mais leur désaccord est intéressant parce qu'il nous est l'occasion de remarquables articles, toujours très instructifs, sur cette question si importante de la portée de la loi *Æbutia* qui les passionne.

deur, et, de plus, n'a pu être créée (1) qu'à partir de l'introduction de la procédure formulaire, après la *praescriptio pro reo*, tombée peu à peu en désuétude, à la différence de la *praescriptio pro actore*, restée en vigueur encore aux temps classiques.

Telles sont les idées générales que l'on peut dégager des ouvrages des auteurs modernes, pour retrouver la base commune de leurs opinions sur les *praescriptiones* et les *exceptiones*, malgré les nuances infinies qui les séparent entre eux.

*
* *

L'opinion courante, ainsi caractérisée, fait naître des doutes sérieux, tant sur la portée de la loi *Æbutia* que sur l'évolution des *praescriptiones* et des *exceptiones*.

S'il est vrai que la loi *Æbutia* a eu pour effet d'introduire, à côté des Actions de la loi, la procédure par formules, il faut convenir qu'elle aurait réalisé un chan-

(1) Wlassak, *Praescriptio und bedingter Process*, Z. S. St., 30, 1912, pp. 81-85. 136-138. 152-159, trouve trois étapes dans la sanction des moyens de défense : celle de la *denegatio* du magistrat avant la loi *Æbutia*, ensuite la *praescriptio pro reo* après l'introduction de la formule en procédure civile romaine, enfin l'*exceptio*, qui est un progrès de droit récent. M. Girard, s'il admet les deux derniers termes de cette évolution, repousse d'une manière absolue la *denegatio* sous les Actions de la loi, car il refuse au magistrat des Actions de la loi, avant la loi *Æbutia*, le droit de *denegare legis actionem* et en général toute initiative quelconque, en vertu de ses pouvoirs judiciaires.

gement considérable dans les habitudes judiciaires des Romains.

Assurément cette loi, tout en laissant subsister les anciennes *legis actiones*, n'a permis l'emploi de la formule qu'à titre purement facultatif pour les parties, et ce n'est qu'en vertu des avantages pratiques de la procédure nouvelle que la formule triompha en fait sur la *legis actio*, de plus en plus délaissée (1).

Mais toujours est-il que la loi *Æbutia*, par la seule introduction de la formule, aurait établi une ligne de démarcation très nette dans le développement procédural. Avant elle, en effet, pas de formules, mais domination exclusive des Actions de la loi ; après elle, concours des Actions de la loi et de la procédure formulaire. Cette innovation considérable séparerait en deux périodes bien distinctes l'histoire de la procédure civile romaine.

Cette délimitation n'est-elle pas plus conforme à la logique des auteurs modernes qu'à l'évolution ordinaire des institutions ? Comment admettre, en effet, que les Romains, jusqu'alors habitués à la traditionnelle *legis actio*, aient pu, sans transition, se servir

(1) Pissard, *Les questions préjudicielles en droit romain*, 1908, pp. 18-21, ne s'explique le triomphe de la formule et la ruine de la *legis actio* que par la préexistence d'un germe déjà vigoureux, susceptible de se développer. Cf. aussi son exposé succinct du droit de l'époque des Actions de la loi, le rôle assigné par lui dès cette époque à la *denegatio*, l'application de la *denegatio* comme sanction, à l'époque des *legis actiones*, de la règle *bis de eadem re ne sit actio*.

d'une autre procédure, toute nouvelle et inconnue d'eux ?

Et, même si l'on reconnaît qu'une telle transformation s'est réellement produite, n'est-il pas surprenant que nous ne possédions sur cette loi *Æbutia*, qui a dû certainement être une date historique, aucun renseignement dans les écrits des jurisconsultes postérieurs, à part les deux allusions, d'ailleurs très vagues et bien tardives, de Gaius et d'Aulu-Gelle (1) ?

Sans doute les Institutes de Gaius fournissent quelques autres indications très générales (2) sur l'ancienne

(1) Gaius, *Inst.*, 4, 30 : *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset litem perderet. Itaque per legem Æbutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus.*

Aulu-Gelle, 16, 10, 8 : *Sed enim cum « proletarii » et « adsidui » et « sanates » et « vades » et « subvades » et « viginti quinque asses » et « taliones » « furtorum quaestio cum lance et licio » evanuerint omnisque illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum, lege Æbutia lata, consopita sit...*

(2) Nous citerons surtout deux passages de Gaius. Le premier dit, 4, 11 : *Actiones, quas in usu veteres habuerant, legis actiones appellabantur vel ideo, quod legibus prodilae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt nondum in usu habebantur), vel ideo, quia ipsarum legum verbis accomodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur.* Suivant M. Wlassak (*Processgesetze*, II, p. 303 et ss. ; *Zur Geschichte der Cognitur*, 1893, p. 59 et ss.), Gaius voudrait dire que les édits prétoriens, qui ont introduit plusieurs actions, n'étaient pas encore en usage au temps où les Actions de la loi ont été introduites. — D'après M. Girard (*Mél. de dr. rom.*, pp. 70-72. 149-151), Gaius voudrait dire que les édits prétoriens, qui ont introduit plusieurs actions, n'étaient pas encore en usage au temps des Actions de la loi. La différence entre les deux

procédure des Actions de la loi, qu'il compare à la procédure formulaire ; mais les auteurs modernes, en s'autorisant des allégations de ce jurisconsulte pour fortifier leurs opinions, si différentes les unes des autres,

interprétations est évidente. Pour M. Wlassak, le témoignage de Gaius sur l'inexistence des actions prétoriennes se rapporterait uniquement à l'époque de l'introduction des Actions de la loi, tandis que, pour M. Girard, il se rapporterait à toute la période des Actions de la loi. La portée de la loi *Æbutia* est donc en jeu : le droit prétorien date-t-il de cette loi, ou existait-il déjà en germe auparavant ? — Le second passage de Gaius est ainsi conçu, 4, 108 : *Alia causa fuit olim legis actionum, nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat ; nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum*. D'après M. Girard (*Mél. de dr. rom.*, 1, 1912, pp. 74. 148. 149), les exceptions ont existé seulement après la loi *Æbutia*, parce que Gaius déclare qu'elles n'étaient pas en usage au temps des Actions de la loi. Pour M. Wlassak (*Z. S. St.*, 28, 1907, p. 100 à la note, et *Der Ursprung der röm. Einrede*, 1910, pp. 8-12), Gaius dit littéralement que les exceptions n'étaient pas employées, sous les Actions de la loi, de la même façon que du temps de Gaius. Alors, quelle forme avaient-elles ? Les exceptions ne pouvaient être que des *denegationes* du magistrat. Pour venir au secours du défendeur, le magistrat déniait au demandeur l'action postulée et l'empêchait d'aller devant le *iudex*. C'est la première forme de l'exception qui a précédé la *praescriptio pro reo* et l'*exceptio* du défendeur. Il résulte de là que le désaccord entre les deux auteurs porte moins sur l'existence des *exceptiones* du défendeur, qu'ils sont d'accord à exclure pour le temps antérieur à la loi *Æbutia*, que sur les pouvoirs du magistrat de *denegare legis actionem* avant la loi *Æbutia*. A notre avis, les deux interprétations peuvent fort bien se défendre. Mais, comme chacun soutient la sienne et la trouve conforme à la pensée intime de Gaius, il est nécessaire de faire appel à d'autres documents. N'est-il pas bizarre de demander à un jurisconsulte aussi récent que Gaius d'être en quelque sorte un arbitre dans les discussions qui ont trait à l'histoire la plus ancienne de la procédure romaine ? En admettant que l'on soit d'accord avec Gaius, il resterait à vérifier ses allégations par les témoignages légués par l'histoire, en ayant soin de ne pas transporter dans l'histoire les allusions de cet auteur.

ont prouvé que ces indications sont loin d'avoir la précision nécessaire pour les départager.

Quant à leur opinion sur l'absence d'*exceptio* sous les Actions de la loi et sur son apparition tardive dans le cours de la procédure formulaire après la *praescriptio pro reo*, elle semble trop inspirée des préceptes de Gaius, dont ils mettent l'exactitude hors de doute. Et pourtant les analyses minutieuses des auteurs modernes n'ont-elles pas découvert à plusieurs reprises des erreurs historiques, commises par Gaius sur d'autres questions (1)? Comment l'opinion courante n'a-t-elle pas vérifié la pureté de ce qui paraît être pour elle sa principale source d'information sur l'évolution des *praescriptiones* et des *exceptiones*? C'est que, vraisemblablement satisfaite de son explication de la portée de la loi *Æbutia*, elle n'a pas éprouvé le besoin de rechercher les erreurs possibles de Gaius sur le passé de ces institutions, qui lui paraissait d'ailleurs corroborer pleinement ses conceptions sur la loi *Æbutia*.

Mais alors, en mettant hors de toute suspicion les textes de Gaius, ne risquait-elle pas de regarder l'ancienne procédure avec les yeux des classiques des II^e et III^e siècles de notre ère, et de rattacher ainsi le développement primitif de la procédure aux conceptions histo-

(1) Cf. Schlossmann, *Praescriptiones und Praescripta verba*, 1907, pp. 46-48. En matière d'*usucapio pro herede*, le fondement historique de cette institution échappait entièrement à Gaius.

riques de ces mêmes classiques, prises comme critérium par l'opinion dominante ?

*
* *

Nous nous sommes attachés à éprouver l'exactitude des explications de Gaius sur l'histoire des *praescriptiones* et des *exceptiones*, à l'aide des quelques renseignements laissés par le passé, et à rechercher des confirmations dans l'état du droit visé par Gaius, avant de tenir comme certaines les données fournies par cet auteur. Nous avons tenté de nous dégager des idées de ce jurisconsulte récent, pour éviter d'imprimer à notre étude, et dès son point de départ, une fausse direction. Sans aucunement nous flatter d'y avoir réussi, nous avons voulu pénétrer, sans être retenus par les concepts des classiques romains, dans le domaine de l'histoire des *praescriptiones* et des *exceptiones*.

La formule ne nous a paru nullement incompatible avec les Actions de la loi. Evidemment, à cette époque ancienne, elle ne comprenait que certains éléments, auxquels d'autres peu à peu se sont ajoutés par la suite. Mais dans le cadre primitif de la formule, sous les Actions de la loi, l'*exceptio* trouvait sa place avec un rôle très large : elle s'appliquait au défendeur, qui voulait paralyser la prétention de son adversaire, comme au demandeur, qui désirait ne pas déquiesce entièrement son droit en justice. Au lieu d'être réservée au seul dé-

fendeur et d'avoir fait son apparition tardivement en droit romain, l'*exceptio* est le nom, originairement très approprié, pour désigner la clause de la formule, ayant pour effet de préserver le défendeur de la condamnation et le demandeur de la déduction entière de son droit en justice.

Puis l'*exceptio* s'est peu à peu dédoublée : elle tend à signifier de plus en plus le moyen de défense pour laisser en dehors d'elle la réserve du demandeur, qui est devenue peu à peu la *praescriptio pro actore*.

Enfin l'évolution continue : l'*exceptio* se restreint exclusivement au défendeur, à l'époque classique, et ne peut s'entendre autrement que du moyen de défense. La *praescriptio pro reo* apparaît alors pour absorber bientôt l'*exceptio* et devenir synonyme de toute objection, susceptible de servir le défendeur contre la prétention du demandeur.

Telle serait, croyons-nous, l'évolution historique de ces trois institutions : l'*exceptio* la plus ancienne aurait précédé les *praescriptiones*. De là résulte la justification du titre donné à cette étude : au lieu d'écrire sur les *praescriptiones* et les *exceptiones*, comme l'admettrait l'opinion courante, nous présentons d'abord l'histoire des *exceptiones*, puis celle des *praescriptiones*, conformément à l'ordre de succession historique de ces institutions, que nous avons cru retrouver. Le cadre, dans lequel nous disposons nos recherches qui nous ont amené à ces résultats, apparaît ainsi tout naturellement, et comprendra les trois livres suivants :

Livre I. — Existence des *exceptiones* du défendeur et du demandeur sous les Actions de la loi avant la loi *Æbutia* (605-628).

Livre II. — Dédoublement des *exceptiones* ; apparition des *praescriptiones pro actore*.

Livre III. — Restriction progressive des *exceptiones* ; apparition tardive des *praescriptiones pro reo*.

LIVRE PREMIER

EXISTENCE DES EXCEPTIONES DU DEMANDEUR ET DU DÉFENDEUR SOUS LES ACTIONS DE LA LOI

Le mot *exceptio*, sous les Actions de la loi, désignait soit un moyen de défense propre à paralyser le droit du demandeur et à écarter pour le défendeur tout danger de condamnation, soit une réserve du demandeur, destinée à limiter sa réclamation présente pour se ménager la faculté de faire valoir ultérieurement d'autres prétentions distinctes, mais basées sur le même droit.

Le trait commun à ces *exceptiones* du défendeur et du demandeur est qu'elles sont l'objet d'une clause même de la formule, soumise, comme les autres questions posées dans la formule, à l'examen du *iudex*.

Mais, précisément, l'existence même, sous les Actions de la loi, de la formule, est très contestée. Généralement, l'ancienne procédure des *legis actiones* et la procédure nouvelle par formules, qui aurait été introduite par la loi *Æbutia*, sont considérées comme deux procédures entièrement différentes.

Il est nécessaire, par conséquent, de démontrer d'abord l'existence de la formule dans la *legis actio* elle-même antérieurement à la loi *Æbutia*, avant de passer à l'examen de deux éléments de cette formule : les *exceptiones* du défendeur et les *exceptiones* du demandeur.

CHAPITRE PREMIER

EXISTENCE DE LA FORMULE A L'ÉPOQUE DES ACTIONS DE LA LOI

Certains auteurs (1), qui ne reconnaissent pas à la loi *Æbutia* la portée que lui attribue M. Girard, contestent que la formule date seulement de cette loi (605-628). M. Huvelin, mon savant maître, a ébranlé notamment les bases de l'opinion dominante et a très nettement indiqué l'origine de la formule.

(1) Il y a un certain nombre d'auteurs, qui admettent l'existence de formules et d'actions à une époque où la loi *Æbutia* n'aurait pas encore existé. On peut les diviser en deux groupes. Le premier est formé par ceux qui ont adopté l'interprétation de M. Wlassak au sujet de Gaius, 4, 11 (Cf. pour cette explication, *suprà*, note 2, p. 19). Ce sont : Cuq, *Institutions*, I, 1891, pp. 690-694 ; II, 1902, p. 733, n. 4 ; I², 1904, pp. 169.225.285, 5.286, 6 ; Mitteis, *Römisches Privatrecht*, 1908, pp. 46-53 ; Lenel, *Z. S. St.*, 30, 1909, pp. 329-354. Le second groupe comprend ceux qui cherchent dans la *legis actio* elle-même le germe de la procédure formulaire. Ce sont : Keller, *Der römische Civilprocess.*, § 18 *in fine* ; P. Huvelin, *L'arbitrium liti aestimandae et l'origine de la formule. Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, pp. 319-354 ; *Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I, 1915, pp. 79-81 ; Crémieu, *La justice privée. Son évolution dans la procédure romaine*, thèse Paris, 1908, pp. 154-174 ; Arangio-Ruiz, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, Cagliari, 1912, p. 51 et ss. — Au premier groupe constitué par MM. Cuq, Mitteis et Lenel, on peut comparer l'opinion de Karlowa (*Civilprozess*, 1872, pp. 140-252) et de Hartmann-Ubbelohde (*Ordo iudiciorum*, I, 1886, p. 271 et ss.), qui ont exprimé des vues analogues.

Pour cet auteur (1), dont nous ne ferons guère que résumer dans ce chapitre les conclusions, la formule existait à l'état embryonnaire en quelque sorte, sous les Actions de la loi, dans *l'arbitrium liti aestimandae*.

(1) M. Huvelin, *op. cit.*, examine d'abord un texte de Cicéron (*de Oratore*, I, 36, 166-167). Dans ce passage, l'auteur du *de Oratore* montre combien un orateur, ignorant le droit, peut desservir les intérêts de ses clients. C'est le récit d'une affaire plaidée devant le préteur M. Crassus par Cn. Octavius et Hypsaeus avec tant d'inexpérience que Scaevola, qui s'était arrêté par hasard à les écouter, ne savait s'il devait en rire ou s'en fâcher. Hypsaeus plaidait pour un pupille, qui accusait son ancien tuteur d'indélicatesse ; mais, par ignorance, il demandait trop, s'exposant par cette *plus petitio* à perdre son procès. Cn. Octavius, qui défendait le tuteur, au lieu de laisser Hypsaeus s'enfermer, se débattait pour l'empêcher d'encourir cette *plus petitio* libératrice. Ce passage est ainsi conçu : 166. — *Potes igitur, inquit Crassus (ut alia omittam innumerabilia et immensa et ad ipsum tuum ius civile veniam), oratores putare eos, quos multas horas expectavit, cum in campum properaret, et ridens et stomachans Scaevola, cum Hypsaeus maxima voce, plurimis verbis a M. Crasso praetore contenderet, ut ei, quem defendebat, causa cadere liceret, Cn. autem Octavius, homo consularis, non minus longa oratione recusaret, ne adversarius causa caderet ac ne is, pro quo ipse diceret, turpi tutelae iudicio atque omni molestia adversarii liberaretur?* — 167. *Ego vero istos, inquit, — memini enim mihi narrare Mucium, — non modo oratoris nomine, sed ne foro quidem dignos putarim. Atqui non defuit illis patronis, inquit Crassus, eloquentia neque dicendi ratio aut copia, sed iuris civilis scientia : quod alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex in XII tabulis permiserat, quod cum impetrasset, causa caderet ; alter iniquum putabat, plus secum agi, quam quod esset in actione, neque intellegebat, si ita esset actum, litem adversarium perditurum.* — Sur ce texte, voy. Karlowa, *Civilprozess*, pp. 343-344 ; *Rechtsgesch.*, II, 1, p. 281 ; Lenel, *Edictum* *, 1907, p. 310, n. 4 ; Costa, *Cicerone giureconsulto*. I, *Il diritto privato (Memorie presentate alla Classe di Scienze morali della R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna dal 28 décembre 1907 al 30 maggio 1911, Bologna, 1911, p. 57, 1) ; P. F. Girard, Mélanges de droit romain, 1, 1912, pp. 89.90.127, n. 3. 128.* — Les auteurs regardent ce texte comme une preuve du droit pour le magistrat de *denegare legis ac-*

La loi *Æbutia* aurait seulement contribué au développement de la formule. Loin d'avoir eu l'effet d'introduire brusquement en droit romain la procédure par formules, elle se serait bornée à en accroître le domaine.

tionem au lendemain de la loi *Æbutia*. M. Huvelin rejette cette interprétation. Le texte vise en effet une *plus petitio*, une prétention exagérée, émise devant le préteur M. Crassus par Hypsaeus, le demandeur. Or la conséquence d'une *plus petitio* se produit *in iudicio*, quand le *iudex* repousse pour le tout la demande à raison de son exagération. Et la *plus petitio*, dont il s'agit ici, entraîne bien pour le demandeur la perte de son droit déduit en justice : *causa cadere* exprime nettement cet effet total. Une *denegatio* n'aurait jamais un pareil résultat. Le demandeur ne perd pas son droit, il en est quitte pour solliciter à nouveau la *legis actio* primitivement refusée. Ainsi l'idée d'une *denegatio* semble peu vraisemblable. — A quel moment de la procédure Hypsaeus émet-il devant le préteur sa *plus petitio* ? Les deux avocats plaident, l'un pour faire encourir à son client une *plus petitio*, l'autre pour la combattre. Il y a un débat engagé sur l'étendue de la prétention que doit émettre le demandeur, débat que le magistrat doit clore par une décision. Or nous ne trouvons rien de pareil dans la phase *in iure* du *sacramentum*. Les affirmations, qui lient l'instance, sont l'œuvre personnelle des parties, le magistrat n'a pas à contribuer à leur choix. Elles ne font l'objet d'aucun débat officiel préalable. Ainsi les parties ne se trouvent point devant le magistrat du *sacramentum*. Le texte nous donne des indications, dont il faut tirer tout le sens. Hypsaeus va libérer le défendeur de l'infamie et des soucis d'un *iudicium tutelae*. On ne libère que ceux qui ne sont point libres. Le défendeur est dans une situation juridique inférieure. *Iudicio liberare* signifie affranchir d'un jugement. La question litigieuse n'était donc plus entière, le tuteur était déjà *iudicatus*. Le pupille avait intenté contre lui son action par voie de *sacramentum*. Le *iudex* du *sacramentum* avait déclaré *iustum* le *sacramentum* du pupille et *iniustum* celui du tuteur. Et c'est des effets de ce *iudicium*, liant désormais le tuteur infidèle, que la partie adverse allait maladroitement le libérer. Ainsi : le défendeur était *iudicatus* ; les parties se retrouvent devant le magistrat pour coopérer à une *legis actio*, elles discutent

L'arbitrium liti aestimandae est une procédure d'estimation en argent du droit du demandeur précédemment établi en justice. C'est une *legis actio* qui suppose à la fois : d'abord que le droit du demandeur ne porte pas sur une *certa pecunia*, ensuite que le droit du demandeur a été reconnu fondé en principe dans une précédente instance, destinée uniquement à trancher la question litigieuse.

Pour saisir le mécanisme de ces instances : l'une réglant le droit des parties, l'autre accessoire et complémentaire, chargée d'estimer le droit du demandeur antérieurement établi, nous raisonnerons, comme M. Huvelin, sur le cas de vol non flagrant.

l'affirmation d'un droit qui sera soumis à un *iudex* et pourra entraîner une *plus petitio* et la perte du droit déduit en justice (*litem perdere*). Il s'agit alors d'un *arbitrium liti aestimandae*. Il faut, pour parvenir à l'exécution par la *manus iniectio*, liquider en argent le droit du demandeur qui ne porte pas sur une *certa pecunia*, et, pour cela, il faut demander au magistrat la nomination d'un *iudex*. Ainsi les parties se trouvent dans la phase *in iure* d'un *arbitrium liti aestimandae*, après avoir résolu *per sacramentum* la question litigieuse. — Hypsaeus, l'avocat du pupille, demandait, à ce moment précis de la procédure, au magistrat de l'*arbitrium* plus qu'il n'y avait dans le *sacramentum* initial. Le pupille demandait par exemple deux patères *per sacramentum*. Le *iudex* reconnaît justifiée sa prétention. Au lieu de réclamer l'évaluation de deux patères dans l'*arbitrium*, le pupille réclame d'autres valeurs. En réclamant *plus quam quod esset in actione* (*actio* = *legis actio*), il allait être débouté par le *iudex* de l'*arbitrium* de ses prétentions et n'aurait pas pu renouveler son *arbitrium*.

Tel est le point de départ de la doctrine, si précise et si claire, de M. Huvelin, qui rend compte de l'origine de la procédure par formules.

Supposons que Primus a volé une patère d'or à Secundus : ce dernier exerce contre Primus l'action *furti nec manifesti*. Les parties plaident par voie de *legis actio per sacramentum*, pour faire trancher la question de culpabilité ; puis, celle-ci résolue, le demandeur Secundus engage contre le voleur une *legis actio per iudicis postulationem*, fonctionnant à titre d'*arbitrium liti aestimandae*, pour l'estimation de la condamnation au double.

La procédure *per sacramentum*, conformément aux règles de l'*ordo*, était divisée en deux phases : *in iure* et *in iudicio*.

In iure, devant le préteur, les affirmations, qui lient l'instance, sont l'œuvre personnelle des parties. Le volé Secundus prononcera (1) la *vindicatio*, ainsi conçue : *Ope consilioque tuo aio furtum factum esse patrae aureae*. Le défendeur le contredira par la *contravindicatio* en termes symétriques inverses. Puis elles jurent qu'elles sont dans leur bon droit et consacrent aux dieux une somme d'argent (*sacramentum*) pour s'attirer leur faveur. Cette somme peut varier de 50 à 500 as, selon que l'objet du procès est ou nonsupérieur

(1) Cf. Cicéron, *De natura deorum*, 3, 30, 74. — Sur les mots : *ope consilioque*, voy. l'interprétation récente de M. Huvelin, *Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I, 1915, p. 385 et ss. Ces mots seraient ceux mêmes de l'ancienne *legis actio*, et désigneraient l'auteur principal du vol, en dehors de toute idée de complicité d'ailleurs plus récente.

à 1.000 as (1). Plus tard, avec les progrès de la laïcisation du droit, lors de la séparation des pouvoirs civils et religieux qui suivit l'établissement de la République (2), les parties ne prêtent plus serment. Les plaideurs font un pari, et le *sacramentum* est l'enjeu de leur pari. Après cette cérémonie devant le magistrat, qui joue le rôle d'un témoin, on organise l'instance arbitrale, qui dénouera le procès. On nomme un *iudex*, et la phase *in iure* est terminée.

In iudicio, devant le juré, l'affaire est ensuite portée. La mission de ce juge est étroite : il doit dire qui a prêté un faux serment, et, plus tard, qui a gagné son pari. Il se borne, sur la question à lui soumise, à une affirmation ou à une négation, sans pouvoir nuancer sa sentence. Le formalisme du droit primitif romain l'autorisait à déclarer qui a fait un *sacramentum iustum*, qui a fait un *sacramentum iniustum*. Tout au plus pouvait-il encore les déclarer *iniusta* tous les deux, quand les parties avaient aussi tort l'une que l'autre (3).

(1) Cf. Gaius, *Inst.*, 4, 14, 16 ; Varron, *De ling. lat.*, 5, 180. Avant d'avoir été converti en argent, le *sacramentum* a pu consister en têtes de bétail pour les sacrifices.

(2) Cf. Girard, *Manuel*⁵, pp. 988, n. 4. 989. 990.

(3) Le *iudex* du *sacramentum* avait une mission étroite. Il n'avait pas à s'occuper de mettre les faits d'accord avec sa décision. L'exécution ne le regardait point. Il ne faut pas oublier que cette procédure ancienne, empreinte de traits religieux, ne servait qu'indirectement à faire trancher une question de droit, en soumettant au juge la question principale de savoir si un serment était vrai ou faux, puis, moins anciennement, si un pari était gagné ou perdu. On statuait donc sur des litiges privés sous coqueurs de délits religieux, à cette époque ancienne.

Or supposons que Secundus, le volé, ait obtenu gain de cause : le *iudex* du *sacramentum* a déclaré *iustum* son *sacramentum*. Tout n'est pas fini par là. Seule la question de droit litigieux est tranchée. Primus, le voleur, est *iudicatus*, il est reconnu coupable de vol. Il reste à exécuter cette sentence. Mais, pour parvenir à l'exécution, il fallait liquider en argent le droit du demandeur, qui, en l'espèce, ne portait pas sur une *certa pecunia*. La *manus iniectio*, voie d'exécution qui suppose une créance d'une somme d'argent, pourra être employée, dès que le droit du demandeur sera converti en une somme d'argent à faire valoir. Par conséquent, à la procédure *per sacramentum* qui a tranché la question de la culpabilité de Primus, on devait joindre une nouvelle instance, accessoire et complémentaire, pour estimer le montant du litige, soit ici la valeur de la patère d'or volée.

Cette nouvelle instance était *l'arbitrium liti aestimandae*. Les parties revenaient devant le magistrat organiser une instance arbitrale, chargée de régler le montant de la condamnation et dont un *iudex* devra s'occuper. Or, dans la phase *in iure* de *l'arbitrium*, M. Huvelin a établi l'existence d'un programme, d'une formule, en se basant sur un texte de Cicéron (1). Les parties ne se contentent pas de demander au magistrat de nommer un *iudex*, elles discutent devant lui et lui

(1) Cicéron, *De Oratore*, I, 36, 166. Cf. la teneur et l'explication de ce passage (*Suprà*, p. 28, n. 1).

soumettent la teneur de la question qui sera déférée à ce *iudex*. Et c'est le magistrat qui, sur leurs indications, en arrête définitivement les termes.

Quelle serait l'utilité d'un tel programme ? Quel serait son contenu ? Quelles différences aurait-il avec la formule de l'époque postérieure ? Telles sont les questions que mon éminent maître a pu résoudre dans son magistral article (1).

L'utilité d'un pareil programme est manifeste. Le juge saisi de l'*arbitrium* doit être informé de la question qu'il lui faut résoudre. Comment pourrait-il sans cela faire son estimation ? Ce juge n'est ordinairement pas le même que celui du *sacramentum*. Cette identité ne se concevrait même pas, au cas où la *litis aestimatio* requerrait l'intervention d'un spécialiste, d'un expert plutôt que d'un *iudex*. Il est également clair que l'on ne peut se reposer sur les parties seules du soin de faire connaître au *iudex* sa mission. Le juge resterait souvent dans l'embarras en présence des prétentions divergentes du demandeur et du défendeur, qui remettraient en cause la question déjà résolue *per sacramentum*. Pour éviter ces dangers, le magistrat devait contrôler et accepter le programme tracé au *iudex* par les parties.

Le contenu de ce programme se devine aisément. Plusieurs clauses devaient y prendre place.

(1) Huvelin, *Mélanges Gérardin*, loc. cit., pp. 333-338. L'idée de l'auteur trouve sa confirmation dans une série de détails de la procédure formulaire postérieure, analysés avec beaucoup de pénétration.

Il y avait d'abord une *intentio*. Dans cette *intentio* se trouvait une double mention : d'abord l'indication du résultat établi par le *sacramentum* initial, ensuite la conséquence juridique à tirer de cette première prétention désormais établie. Le *iudex* était ainsi renseigné sur la question de droit précédemment tranchée et sur l'évaluation qu'il devait faire.

Le programme tracé au *iudex liti aestimandae* devait comprendre ensuite une clause de condamnation. Se trouvant devant un *iudicatus*, le *iudex* devait avoir le pouvoir de condamner ce *iudicatus*, définitivement, au montant de l'estimation qu'il avait à faire. La mission de condamner, qui ne lui appartenait pas nécessairement, puisque le *iudex* du *sacramentum* ne l'avait pas, devait lui être expressément conférée dans le programme qui lui était soumis (1).

Il y avait probablement aussi une clause arbitraire : le *iudex* pouvait ordonner au défendeur tel fait et ne le condamner que si le défendeur ne lui obéissait pas (2).

Les différences de ce programme avec la formule bien connue de l'époque postérieure apparaissent clai-

(1) Le pouvoir de condamner est visé dans un texte de Caton, *De Agri cultura*, praef. I, éd. Keil, 1884, p. 11 : *Maiores nostri — in legibus posiverunt furem dupli condemnari*. Il s'agit d'un *fur nec manifestus*.

(2) Aulu-Gelle, 20, 1, 38 : *Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecunia damnavat*. Il s'agit de l'action *iniuriarum* intentée en cas de *membrum ruptum*.

rement. Le débat engagé *in iure* dans l'*arbitrium liti aestimandae* et le débat engagé *in iure* dans la procédure formulaire avant la délivrance de la formule se ressemblent sans doute beaucoup.

Tous deux ont un programme, dont la teneur est discutée par les parties, avant d'être remis au *iudex*. Ces programmes ont des éléments communs : nomination du *iudex*, *intentio*, clause de condamnation et éventuellement clause arbitraire.

Mais la différence essentielle réside en ce fait que l'*intentio* du programme de l'*arbitrium* n'est pas conditionnelle, puisqu'elle a déjà été tranchée *per sacramentum*. De plus, le *iudex* n'a que le pouvoir de condamner le *iudicatus* : il n'a pas comme dans la formule postérieure le pouvoir d'absoudre (1). Le pro-

(1) La procédure formulaire postérieure est une procédure principale, dans laquelle le *iudex*, saisi du litige, est chargé à la fois du soin de vérifier le droit du poursuivant et de le liquider en argent. D'où deux alternatives : condamnation, si les prétentions invoquées par le demandeur sont reconnues fondées, absolution, dans le cas contraire. Dans l'*arbitrium*, procédure accessoire, ne pouvant intervenir que quand le droit du poursuivant a déjà fait l'objet d'une vérification opérée par le *iudex* de la *legis actio sacramenti*, une seule issue : condamnation. Le *iudex* de l'*arbitrium* ne statue pas sur le fond du droit ; son rôle se borne à liquider en argent le droit établi dans le *sacramentum*. Aussi l'on comprend qu'il ne doit pas avoir la faculté d'absoudre le défendeur, puisque le droit, invoqué par le demandeur contre lui, a été reconnu certain. Le *iudex liti aestimandae* a seulement le pouvoir de condamner, mais il peut évidemment s'abstenir de condamner. C'est ce qui serait arrivé dans l'hypothèse du *De orat.*, 1, 36, 166-167, si le demandeur, client d'Hypsaeus, avait encouru la *plus petitio*. Il y a intérêt à distinguer : ne pas condamner et absoudre, notamment au cas de *iudicis postulatio*, intentée

gramme de l'*arbitrium* n'affecte en rien cette forme alternative de la formule classique : *si paret... condemnna, si non paret absolve*.

Or il est évident que l'*arbitrium liti aestimandae* a dû exercer une profonde influence sur la genèse des actions formulaires postérieures.

Il a suffi d'une modification peu importante en la forme, pour que le programme tracé au *iudex* de l'*arbitrium* se transformât en formule. Il a suffi que l'on dispensât les parties de mettre en mouvement la procédure initiale du *sacramentum* et qu'on donnât au *iudex* le pouvoir d'examiner au fond la question de l'existence du droit litigieux. C'est peut-être la loi *Æbutia* qui a

par voie principale, indépendante. L'*arbitrium liti aestimandae* est une *iudicis postulatio*, exercée accessoirement à une procédure de vérification du droit du demandeur. Mais en matière non plus de *liles*, mais de *iurgia*, contestations d'ordre amiable, qui s'élevaient entre parents ou voisins, la *iudicis postulatio* pouvait fonctionner par voie principale. A l'origine, ces contestations relevaient du droit interne de la *gens* et ne donnaient pas ouverture à la justice privée. En conséquence, la *legis actio sacramenti*, qui n'est que la régularisation de la justice privée primitive, ne s'appliquait pas aux *iurgia*. Le *iurgium* ne s'intentait que par *iudicis postulatio* principale, indépendamment de toute *legis actio sacramenti* antérieure. Or là encore la clause d'absolution faisait défaut (Cf. Huvelin, *op. cit.*, pp. 340-343 ; Crémieu, *La justice privée*, 1908, pp. 157-162). Nous trouvons trois cas de *iudicis postulatio* principale, en matière de *iurgia* : l'action en bornage, *finium regundorum*, les deux actions en partage : *familiae erciscundae* et *communi dividundo* (Consult. Audibert, *L'évolution de la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo*. *Mélanges Appleton*, 1903, pp. 22-23). — A rapprocher, la formule des *praejudicia*, qui n'a pas de forme alternative et sur laquelle le *iudex* émet une prononciation pure et simple, sans examiner le fond du droit, Pissard, *Les questions préjudicielles*, p. 221 et ss.

autorisé les parties à employer cette procédure simplifiée, sans supprimer pour cela la procédure des Actions de la loi (1), qui a survécu jusqu'aux lois Iuliae. Le moyen pratique de réaliser cette réforme a consisté dans la forme conditionnelle, qu'on a donnée à la prétention du demandeur dans le programme qu'on traçait au *iudex*, et dans l'adjonction de la clause d'absolution : *si paret... condemna, si non paret absolve*.

Et cette réforme a laissé des traces dans la terminologie, que M. Huvelin a relevées. Elles apparaissent dans l'évolution sémantique des mots : *condemnatio*, *absolutio-absolvere*, et *iudicium*.

Dans la procédure formulaire, la partie de la formule, qui confère au *iudex* le pouvoir de condamner et d'absoudre, porte le nom unique de *condemnatio*. Logiquement il faudrait un nom double : *condemnatio-absolutio*, selon l'usage de la langue juridique romaine (*emptio-venditio*, vente), puisqu'il s'agit de désigner un acte double. Or on peut expliquer par des raisons historiques cette anomalie, en admettant que la deuxième partie de la *condemnatio* n'y a pas toujours figuré et que la *condemnatio* formulaire a sa source dans une clause plus ancienne où le *iudex* n'avait que le pouvoir de condamner (2).

(1) Il faut noter en effet que la théorie de M. Huvelin s'accommode heureusement des résultats découverts par M. Wlassak (*Prozessgesetze*, I, 1888, pp. 62-72. 85-103. 103-109), au sujet du problème du partage de la réforme entre la loi Æbutia et les lois Iuliae.

(2) Cf. Huvelin, *op. cit.*, pp. 344-345.

D'autre part jamais le mot *absoluere* ne se rencontre avec le sens technique : absoudre, avant l'époque où la procédure formulaire existe certainement.

Au ^{vi} siècle, *absoluere* n'a pas d'autre sens que délivrer, cesser de retenir. Les premiers exemples d'une absolution, au sens technique du mot, sont fournis au commencement du second tiers du ^{vii} siècle, en 631, dans la loi *Acilia repetundarum* (1).

De plus *absoluere* signifie proprement délier. Or, on ne délie que ce qui est lié. L'emploi du mot *soluere* se limite dans la langue juridique ancienne à la libération d'un *damnatus* ou d'un *iudicatus*. Cette limitation technique de l'*absolutio* au cas d'un *iudicatus* ou d'un *damnatus* rend difficilement concevable l'existence d'une clause d'absolution. Cette clause ne s'explique à la vérité

(1) Cf. l'étude de terminologie sur *absoluere*, *op. cit.*, pp. 345-346. — Il faut remarquer qu'il n'y a pas d'absolution dans la *legis actio sacramenti* : les deux parties jouent le même rôle. Il n'y a pas de défendeur et de demandeur. Les plaideurs sont tous deux *actores*. — Dans l'*arbitrium liti aestimandae*, l'égalité est rompue : le demandeur a seul intérêt à demander un *iudex*. Il est seul *actor*. Le défendeur était *iudicatus*, quand son *sacramentum* a été déclaré *iniustum*, ou bien *confessus in iure*, quand il ne contestait pas la prétention du demandeur dans le *sacramentum*. — Dans la procédure formulaire nouvelle, le nom d'*actor* est réservé au demandeur. L'égalité est rompue entre les deux adversaires, le défendeur, dès que s'ouvre l'instance *in iudicio* de la procédure formulaire postérieure, figure déjà comme fictivement condamné. Ces indices s'accordent avec les caractéristiques générales de la procédure formulaire, de l'*arbitrium liti aestimandae* et de la *legis actio sacramenti*. Ils permettent d'expliquer pourquoi le nom d'*actor* est réservé dans la procédure formulaire postérieure au seul demandeur. Cf. Huvelin, *op. cit.*, pp. 346, 347, n. 5. — Comp. Kübler, *Z. S. St.*, 16, 1895, p. 174.

que si le défendeur est déjà traité dans la procédure formulaire devant le magistrat comme un *iudicatus*, ou comme un *confessus in iure*. La fiction d'un jugement rendu attribue aux deux parties des situations différentes dans le procès et donne au *iudex* le pouvoir d'absoudre l'une d'elles. Le défendeur, arrivant devant le *iudex*, apparaît déjà comme fictivement condamné.

Si l'action formulaire est un *arbitrium litis aestimandae* devenu autonome, c'est dans le *sacramentum* initial aboli qu'elle puise sa force. Tout se passe comme si le *sacramentum* avait réellement eu lieu. Cette fiction d'un *sacramentum* accompli se révèle dans l'emploi qui est fait du mot *iudicium*. *Iudicium* signifie : sentence, jugement. Au VI^e siècle, ce mot n'a guère d'autre acception et, plus tard, il est encore très souvent pris dans ce sens, mais, à partir de la fin du VI^e siècle, d'autres acceptions apparaissent à côté de cette acception originaire, notamment celles de : jury, instance, formule. Comment *iudicium*, qui signifiait : jugement, sentence, a-t-il bien pu signifier jury, instance, formule ? Comment *dare reddere iudicium* a-t-il pu prendre le sens de instituer un jury, organiser une instance, délivrer une formule ?

Les idées ne sont point inconciliables (1) : la sentence,

(1) Huvelin, *Mélanges Gérardin*, op. cit., pp. 349-352. Les termes *iudicium* et *formula* ont fait l'objet d'études citées par M. Huvelin, de la part de Kübler (*loc. cit.*, pp. 139. 165 et ss.) et Wlassak (*Proceßgesetze et Litis contestatio im Formularprocess*, 1888).

qui termine le *sacramentum* initial, forme le point de départ de l'instance de l'*arbitrium liti aestimandae* et constitue la première partie du programme tracé au *iudex liti aestimandae*. On peut donc dire que cette seconde instance est un *iudicium* et que le programme est, lui aussi, un *iudicium*. Et lorsque, après la loi *Æbutia*, on a pu se passer du *sacramentum* initial, le nom *de iudicio* est resté attaché à la procédure simplifiée nouvelle. Le préteur délivrait un jugement (*dabat iudicium*) et introduisait par là une instance indépendante.

Cette théorie sur les origines de la procédure formulaire est manifestement supérieure à celle répandue en France, qui voit dans la formule une institution introduite dans l'édit du préteur à l'imitation d'institutions analogues d'origine provinciale.

Cette dernière opinion, celle de M. Girard, se heurte, comme le déclare M. Huvelin (1), à la difficulté d'admettre qu'ont ait pu sans transition passer de l'ancienne

(1) Huvelin, *op. cit.*, p. 353. — Il faut remarquer que l'existence de formules dans des procès où figuraient des pérégrins ou dans des procès provinciaux ne contredit en rien le système de M. Girard, sur la portée de la loi *Æbutia*. Autre chose est l'usage de la formule entre pérégrins ou entre provinciaux, autre chose est l'usage de la formule entre citoyens. On s'étonne que Bekker (*Z. S. St.*, 27, 1906, p. 36) le soutienne. M. Girard (*Mél. de dr. rom.*, 1, 1912, pp. 119-121) n'a pas de peine à le préciser. Il a donc pu y avoir, avant la loi *Æbutia*, des formules dans la justice pérégrine ou provinciale, d'après la réponse de M. Girard (Cf. Partsch, *Schriftformel*, p. 1, n. 3).

procédure des Actions de la loi, obligatoire pour tous les citoyens, à une procédure entièrement différente. « Les évolutions juridiques, surtout chez des peuples aussi conservateurs que le peuple romain, se réalisent insensiblement, sans que les apparences extérieures et les étiquettes paraissent changer. Je ne crois pas qu'on ait pu, du jour au lendemain, parler de formule là où on ne parlait auparavant que de *legis actio*. Mais, si je prouve qu'il y a déjà place dans la *legis actio* pour un embryon de formule, je retrouve le chaînon intermédiaire, qui manquait dans l'enchaînement des faits, je restitue au développement historique la continuité de la vie. »

Ce principal mérite de la thèse de M. Huvelin n'a pas échappé à la science allemande. De même la science italienne s'est montrée favorable à ces idées (1).

(1) En Allemagne, Koschaker, *Z. S. St.*, 34, 1913, p. 433. — En Italie, Arangio-Ruiz, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, Cagliari, 1912. Dans cet ouvrage, l'auteur (p. 54, n. 2) reconnaît s'être inspiré des vues de M. Huvelin. Après une étude minutieuse et très intéressante des formules avec *demonstratio*, l'auteur admet que ce type de formule, très ancien, existait déjà sous les Actions de la loi, avec une rédaction qui s'est légèrement modifiée par la suite. La formule existait dans la *legis actio per iudicis postulationem*, intentée par voie principale. Sa théorie, voisine de celle de M. Huvelin, ne se confond pas avec elle. Notamment elle n'explique pas tous les problèmes que la doctrine de M. Huvelin permet de résoudre. A ce point de vue, l'opinion de M. Arangio-Ruiz serait plus étroite. Mais ce qu'il convient de noter, c'est que le célèbre Professeur de Cagliari reconnaît la nécessité de diriger les recherches historiques, sur l'origine de la formule, dans le domaine de la *legis actio*. L'apparition de la formule dans la procédure civile romaine ne peut être cherchée dans une sorte de transfert d'institutions étrangères ; elle doit être cherchée dans l'évolution interne de l'ancienne procédure

En France, où le système traditionnel est toujours en faveur, les auteurs n'ont pas encore admis cette démonstration (1).

des *legis actiones*. La loi *Æbutia* n'a pu que marquer une étape dans le développement de la formule. Elle n'a pas pu avoir le rôle en quelque sorte magique de créer la formule entre citoyens et de faire surgir aussitôt tout le droit prétorien, quelques années à peine après la date à laquelle se fixerait la loi *Æbutia*, alors qu'auparavant, par hypothèse, ni les formules ni le droit prétorien n'existaient.

(1) En France, la doctrine de M. Huvelin n'a pas encore été accueillie : il faut toutefois faire une exception en faveur de M. Crémieu (*La justice privée*, 1908, pp. 154 et ss.). Cet auteur accepte, sans réserves, l'idée de l'existence de la formule dans la *legis actio per iudicis postulationem*, intentée sous forme d'*arbitrium liti aestimandae*, et de son influence sur la genèse des actions formulaires postérieures. — M. Girard (*Mél. de dr. rom.*, 1, 1912, pp. 127, n. 3. 128, n. 1) examine succinctement l'idée émise par M. Huvelin. L'auteur soutient que cette idée n'explique pas mieux le texte de Cicéron (*De orat.*, 1, 36, 166-167), qu'on ne peut faire en dehors d'elle. Cependant, si elle n'explique pas mieux ce texte, elle en donne un sens tout aussi vraisemblable que la conjecture ingénieuse de M. Lenel, *Edictum*², 1907, p. 310, n. 4. Si elle égale les autres interprétations fournies par les auteurs sur ce texte, elle les dépasse en tout cas à raison des caractéristiques de la procédure formulaire, qu'elle peut seule expliquer. Or, c'est le propre d'un travail scientifique de s'accorder non seulement avec l'espèce qui lui sert de point de départ, mais encore avec d'autres phénomènes encore inexpliqués jusqu'ici. M. Girard rejette en tous cas la supposition que Cicéron ait fait allusion à un procès en estimation, faisant suite à un procès où la question de principe était seulement déjà résolue. M. Girard en trouve une raison ; si les deux avocats plaidaient sur un premier procès en liquidation de créances déjà reconnues, Cicéron ne pourrait pas dire que la *plus petitio* ferait éviter au défendeur l'infamie ; car cette infamie résulterait nécessairement pour le défendeur de ce qu'il aurait été reconnu coupable de détournement dans le procès, quoiqu'un incident postérieur le dispensât de payer sa dette. Nous ne croyons pas que l'argument soit décisif. Le défendeur, dans le premier procès, plaidé *per sacramentum*, a été reconnu coupable de détournement. Son *sacramentum* a été déclaré, par le *iudex*, *iniustum*. Le défendeur était *iudicatus* : c'est tout. Ce n'est que dans le second

procès en liquidation de créances, plaidé au cours de l'*arbitrium*, que le défendeur peut être *condemnatus*, subir les déchéances encourues par la *damnatio*, prononcée par le *iudex*. La *plus petitio*, formulée par le demandeur dans la phase *in iure* de l'*arbitrium*, aura son effet *in iudicio* : elle libérera le défendeur de la condamnation et des déchéances, qui y étaient attachées seulement à ce moment-là. Le défendeur, bien que *iudicatus* à la suite du premier procès, ne sera donc pas *condemnatus*. Le *iudex* s'abstiendra de condamner le défendeur en prenant acte de la *plus petitio* du demandeur. Ainsi cet argument n'est pas suffisant, au contraire, pour rejeter la savante démonstration de M. Huvelin.

CHAPITRE II

LES EXCEPTIONES DU DÉFENDEUR SOUS LES ACTIONS DE LA LOI

Comme témoignages indirects, qui supposent l'origine de la formule dans l'*arbitrium liti aestimandae* et son développement dans l'abolition du *sacramentum* initial, M. Huvelin constate le principe des condamnations pécuniaires et le principe de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Ces deux principes fondamentaux de la procédure formulaire s'expliquent parfaitement (1).

Si les actions formulaires sortent de l'*arbitrium liti aestimandae*, d'une procédure de liquidation en argent du droit du demandeur établi *per sacramentum*, il n'est

(1) Huvelin, *L'arbitrium liti aestimandae et l'origine de la formule. Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, pp. 319-354. L'auteur cite ces deux principes comme dérivant naturellement de l'exposé de sa doctrine (*op. cit.*, pp. 353-354). — A noter que le point de vue de M. Arangio-Ruiz s'accorde avec le principe des condamnations pécuniaires, du moment que la formule aurait fait son apparition dans un procès en estimation. Mais nous ne croyons pas qu'il rende compte de l'effet extinctif de la *litis contestatio* à l'époque formulaire, puisque la *iudicis postulatio*, dont parlerait l'auteur, ne se souderait pas à une autre instance, plus tard abolie, mais succéderait à un accord des parties sur la question de principe, pour soumettre à la justice uniquement leurs divergences au sujet du quantum de la réparation à accorder.

pas douteux que les condamnations soient pécuniaires. De même que si l'on voit dans la formule un jugement fictif, supposant la *legis actio* accomplie, l'on s'explique naturellement que l'effet extinctif s'attachait à la délivrance de la formule, comme il s'attachait autrefois aux solennités mêmes de la *legis actio*.

Ces deux témoignages indirects, datant d'une époque sur laquelle nous sommes bien renseignés, laissent apparaître un état antérieur du droit, qui les a produits et que M. Huvelin a mis en lumière. Mais ce ne sont pas les seuls. Nous pouvons encore, grâce à la doctrine de cet auteur, expliquer l'existence des *exceptiones* du défendeur dans l'*arbitrium liti aestimandae*.

Les auteurs modernes, en niant l'usage de ces exceptions à l'époque de la domination des *legis actiones*, s'appuient en général sur deux arguments : l'un tiré du cadre de la formule classique, dans lequel est incluse l'exception ; l'autre du principe, en vigueur sous les Actions de la loi, de l'unité de question posée au *iudex*.

Ce sont ces deux arguments qu'il s'agit précisément d'examiner de près, afin de se rendre compte si réellement, au lieu de fortifier l'opinion généralement admise, ces deux remarques fondamentales ne se retournent pas plutôt contre elle.

§ 1. — Argument du schéma de la formule classique
contenant une *exceptio* du défendeur.

A l'époque classique, une formule renfermant une

exceptio présente une anomalie évidente. Les auteurs modernes l'ont remarquablement démontrée. Mais leurs explications sont sujettes à des critiques décisives. Seule, l'existence d'une formule dans l'*arbitrium liti aestimandae* avec les éléments, que nous avons notés (1), peut résoudre la question de cette anomalie.

SECTION I. — Quelle est cette anomalie ?

Pour l'exposer avec toute la netteté possible, nous raisonnerons sur un exemple concret. Prenons le cas de l'action *certae creditae pecuniae*, avec l'exception de dol.

Primus conclut avec Secundus un contrat de stipulation : l'objet du contrat est un prêt d'argent. Primus, le prêteur, et Secundus, l'emprunteur, ont obéi aux conditions de validité du contrat. Mais Primus n'a pas versé les deniers à Secundus. D'après la rigueur du droit strict, du moment que les formes étaient scrupuleusement observées, elles créaient le droit. Primus a dès lors une action, pour réclamer à Secundus l'argent, qu'il est réputé lui avoir effectivement prêté. Ce dernier n'avait originairement, dit-on, aucun moyen d'échapper à

(1) Cf. *suprà*, pp. 34-37. Il s'agit d'un programme discuté par les parties, délivré par le magistrat, pour fixer les pouvoirs du *iudex liti aestimandae*, et comprenant : en plus de la nomination du juge, une *intentio*, une clause arbitraire éventuellement, une clause de condamnation, à l'exclusion d'une clause d'absolution.

la condamnation. Mais, peu à peu, le prêteur prit en considération la situation de ce prétendu débiteur et donna satisfaction à l'équité, en lui accordant une exception de dol pour lui permettre de repousser l'action de son prétendu créancier.

La formule de l'action et de l'exception était ainsi conçue, quand le *iudex* en prenait connaissance :

« Si paret $N^m N^m A^o A^o$ sestertium decem milia dare oportere, si in ea re nihil dolo malo $A^i A^i$ factum sit neque fiat, iudex $N^m N^m A^o A^o$ sestertium decem milia condemna, si non paret absolve. »

Dans cette formule (1), une discordance très nette apparaît dans les termes de la *condemnatio* et dans ceux de l'*absolutio*.

La condamnation est en effet subordonnée à deux conditions distinctes : l'une positive, résultant de l'affirmation du droit du demandeur dans l'*intentio* : *si paret $N^m N^m A^o A^o$ sestertium decem milia dare oportere*, s'il est établi que $N^s N^s$ doit donner à $A^s A^s$ dix mille sesterces ; l'autre négative, provenant de l'*exceptio* insérée dans la formule à la demande du défendeur : *si in ea re nihil dolo malo $A^i A^i$ factum sit neque fiat*, si aucune trace de dol n'a pu et ne peut être relevée

(1) Cf. Gaius, *Inst.*, 4, 41. 50 pour la formule, et 4, 119 pour l'exception. — Voy. Girard, *Manuel*^s, p. 493, n. 2 et ss. ; H. Krueger, *Z. S. St.*, 29, 1908, pp. 378-389 ; Partsch, *Formules de procédure*, 1909, n° 1, p. 4, n. 1.

contre le demandeur dans cette affaire. La formule prescrivait au juge de condamner le défendeur, si l'*intentio* était vérifiée et si l'*exceptio* ne l'était pas : c'est-à-dire en termes moins abstraits dans le cas où, étant strictement en droit de demander la somme, le demandeur n'aurait commis absolument aucune manœuvre dolosive à l'égard du débiteur (1).

Mais la clause d'absolution : *si non paret absolve* est uniquement subordonnée à l'absence du droit du demandeur. S'il est établi que A^s A^s ne soit pas créancier, absous N^s N^s, dit seulement le texte, en ne prévoyant ainsi que l'hypothèse où le demandeur était sans droit. Pourtant, il est certain que le juge devait nécessairement absoudre le défendeur dans un autre cas, lorsque la condition positive de son pouvoir de condamner était réalisée, mais que la condition négative ne l'était pas, c'est-à-dire en termes plus simples, lorsque le juge reconnaissait sur l'*intentio* que le demandeur était bien strictement créancier, mais qu'il n'admettait pas sur l'*exceptio* l'absence de dol.

Le défendeur, par son exception de dol, paralysait alors la prétention, cependant strictement fondée, de son adversaire et le *iudex*, qui relevait des manœuvres dolosives dans la réclamation du demandeur, absolvait en conséquence le défendeur. C'était du reste le propre de l'*exceptio* de protéger le défendeur aux prises avec un adversaire, peu scrupuleux, qui invoquait le droit contre l'équité.

(1) Cf. Girard, *Manuel* ⁵, p. 1033.

Or cette double éventualité de l'absolution n'était pas indiquée dans la clause d'absolution : *si non paret absolve*. L'insertion d'une *exceptio* dans la formule, après l'*intentio* et avant la clause de condamnation, ne portait que sur le pouvoir de condamner. Logiquement, elle eût dû par corrélation amener une addition correspondante au pouvoir d'absoudre, dans la clause d'absolution.

Comment expliquer que cette *exceptio* trouble ainsi l'harmonie de la formule ?

SECTION II. — Explications déjà données.

Pour les auteurs (1), si les exceptions ne concordent pas avec la structure de la formule, c'est qu'elles n'ont dû entrer dans la formule qu'à une époque où les divers éléments en étaient solidifiés. Les termes de la formule étaient considérés comme traditionnels, au moment où le droit prétorien a, pour satisfaire l'équité, décidé de donner l'exception au défendeur, placé dans

(1) Les auteurs ne nient pas l'existence de cette anomalie. Au contraire ils la relèvent et en tirent argument en faveur de leurs conceptions sur l'âge récent de l'*exceptio*. A cet égard, leurs explications sont les mêmes. La rédaction maladroite d'une formule renfermant une *exceptio* du défendeur est due à une innovation du préteur. Cf. Ihering, *Geist des Römischen Rechts*, III, 1, p. 56 ; Lenel, *Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, 1876, p. 44 ; Ubbelohde-Gluck, *Pand. B.* 43. 44, 1, 459, 4 ; Cuq, *Institutions*, II, 1902, p. 742, n. 6 ; Girard, *Manuel*⁵, p. 1029, n. 5 ; Wlassak, *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 153.

une situation digne d'intérêt et que le droit strict ne prenait pas en considération. Habités à leurs formules, dont les termes leur étaient familiers, les Romains, conservateurs respectueux des modèles traditionnels de leurs ancêtres, se sont bornés, pour accueillir l'*exceptio*, à l'insérer devant la *condemnatio*, sans faire subir à la clause d'absolution une retouche correspondante, afin de modifier le moins possible le texte de la formule.

Et par là se trouve confirmée l'idée que l'exception du défendeur est née très tard. Si M. Wlassak admet (1), avant la loi *Æbutia*, l'existence d'*exceptiones* sous forme de *denegationes* du magistrat, il reconnaît que les *praescriptiones pro reo* les ont remplacées peu à peu et ont précédé les *exceptiones*. M. Girard, qui refuse d'admettre la *denegatio* avant la loi *Æbutia*, considère les exceptions comme étant une conséquence des *praescriptiones pro reo*. Mais, si ces deux historiens diffèrent sur le point de départ des moyens de défense, il faut convenir qu'ils sont partisans de l'apparition tardive

(1) M. Wlassak (*Z. S. St.*, 33, 1912, p. 153) remarque en faveur de l'ancienneté de la *denegatio legis actionis* que le schéma : *si paret... iudex, condemna, si non paret absolve*, ne laisse pas de place à l'intercalation d'*exceptio* entre l'*intentio* et la *condemnatio*. Le schéma de la formule doit être plus ancien que l'*exceptio*. De plus il devait être très familier à l'époque de la création de l'*exceptio*, de sorte que les juristes préféraient employer une manière de s'exprimer illogique plutôt que d'abandonner le modèle traditionnel. — Evidemment M. Wlassak pose la question de l'âge récent de l'*exceptio* avec l'idée que l'*exceptio* du défendeur est une innovation tardive du prêteur. Mais rien ne le prouve, pas même cet argument du schéma de la formule avec une *exceptio*, bien au contraire.

des *exceptiones* du défendeur, qui ont succédé aux *praescriptiones pro reo*. Les exceptions, pour eux comme pour la plupart des romanistes, constituent le terme d'une évolution lente et l'aboutissement d'un perfectionnement progressif des droits de la défense.

SECTION III. — Critique de ces explications.

Les explications données sur la concordance imparfaite, dans laquelle les exceptions sont avec la structure de la formule, se heurtent à des objections très graves. Il est surprenant qu'on ne les ait pas encore formulées ; elles ruinent par la base les conclusions généralement admises sur l'âge récent des exceptions en procédure romaine (1).

A un point de vue très général, d'abord, si l'*exceptio* est due au préteur, qui l'a introduite à une époque relativement récente dans la formule, déjà fixée dans ses éléments essentiels, il paraît surprenant que le préteur ait inauguré l'usage des exceptions, en embrouillant subitement les termes de la formule, jusque-là si clairs. On peut même se demander, au cas où le préteur aurait

(1) Wlassak, *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 153, pense que la formule porte des traces d'un état du droit, qui ne connaissait point encore l'*exceptio* du défendeur, que nous décrit Gaius. En exprimant cette idée, M. Wlassak partage l'opinion dominante. Il suffit de pénétrer dans l'étude d'un type de formule avec *exceptio*, pour découvrir des données absolument différentes, et en faveur de l'ancienneté de l'*exceptio* du défendeur.

en réalité commis cette maladresse, comment les Romains, jusqu'alors habitués, d'après l'opinion courante, à la *praescriptio pro reo*, auraient pu s'habituer aux *exceptiones* nouvelles. La substitution de l'*exceptio* à la *praescriptio pro reo*, réalisée par une rédaction différente et singulièrement énigmatique, due au préteur, n'aurait certainement pas pu rendre aux Romains l'*exceptio* aussi familière qu'elle l'était, et, en tous cas, n'aurait vraisemblablement pas passé sans susciter chez les jurisconsultes récents des discussions, des controverses, des polémiques, dont pourtant nous ne rencontrons de trace nulle part.

Ensuite, à un point de vue plus spécial, et en pénétrant plus avant dans le schéma de la formule classique contenant une *exceptio* du défendeur, l'opinion qui admet l'incorporation relativement récente de l'*exceptio* dans le cadre préconstitué de la formule ne peut trouver aucune justification et encourt de très sérieuses critiques.

Pour protéger le défendeur digne d'intérêt, menacé par le droit incontestablement fondé de son adversaire, le préteur, devant l'insuffisance des moyens de défense en vigueur jusque-là, aurait créé l'*exceptio* et l'aurait introduite dans la formule, sans même indiquer l'effet naturel de l'*exceptio*, que, pourtant, il devait avoir nécessairement en vue lors de la mise en pratique de l'*exceptio*.

Pourquoi le préteur, en effet, aurait-il inséré l'*ex-*

ceptio devant la seule clause de condamnation ? N'était-ce pas plutôt devant la clause d'absolution qu'elle eût dû de préférence être placée, pour marquer qu'au cas où elle serait reconnue fondée, le défendeur, qu'on voulait secourir, serait absous ? Et, dès l'instant que l'*exceptio* avait pour effet de donner une chance de plus d'absolution au défendeur, n'aurait-il pas été plus simple d'écrire dans la clause d'absolution et après : *si non paret*, l'autre alternative, amenée par le jeu naturel de l'*exceptio* (1). Sans doute l'*exceptio*, insérée uniquement dans la clause d'absolution, aurait reporté l'anomalie sur la clause de condamnation, où l'intercalation de l'exception, qui eût dû logiquement se trouver aussi, n'aurait pas été effectuée. Mais à tant faire que de commettre les maladresses qu'on lui impute, le préteur, en mettant l'*exceptio* dans la seule clause d'absolution, aurait au moins spécifié l'effet de l'*exceptio* : l'absolution du défendeur. Et, de plus, si sa timidité devant les modèles traditionnels, arrêtés dans leur cadre essentiel par les ancêtres romains, explique l'anomalie de la clause d'absolution par un désir de fausser le moins possible la formule, le préteur aurait eu à faire preuve de bien moins d'audace, puisqu'il n'avait qu'à joindre l'*exceptio* à la suite des éléments constitués de la formule et dans la clause d'absolution, au lieu de l'incorporer au centre

(1) Cf. Cuq, *Institutions*, II, 1902, p. 742, n. 6, relève comme tous les auteurs l'anomalie d'une formule avec exception et indique la clause complémentaire qu'il eût fallu insérer dans l'*absolutio*.

même de la formule dans la clause de condamnation.

Ainsi l'on ne voit pas pourquoi le préteur a mis l'*exceptio* devant la clause de condamnation plutôt que devant la clause d'absolution.

Sans doute pourra-t-on élever l'objection suivante : si l'*exceptio* est placée devant la clause de condamnation seulement, c'est qu'elle constitue une seconde condition au pouvoir de condamner du juge. Le *iudex* ne devra condamner le défendeur que si le demandeur a d'abord le droit de faire sa réclamation et ensuite le droit de la faire sans avoir enfreint les règles de l'équité, prévues dans l'*exceptio*. En renforçant ainsi les conditions que doit réunir le demandeur pour obtenir la condamnation de son adversaire, le préteur protégeait le défendeur.

Mais le préteur aurait commis alors une inconséquence bien extraordinaire. En introduisant dans la formule une clause toute nouvelle et inconnue des Romains, le magistrat n'aurait pas même fait ressortir la raison d'être de ce moyen de défense. La clause d'absolution, en effet, est ainsi conçue : *si non paret absolve*. Or les mots : *si non paret* ne peuvent indiquer qu'une condition inverse à celle exprimée par les termes : *si paret* N^m N^m A^o A^o *sestertium decem milia dare oportere*, du début de la formule (1). Et ces termes :

(1) Et remarquons-le bien : les termes *si non paret* ne peuvent que correspondre à l'alternative inverse prévue dans la clause *si paret*. — Or, M. Duquesne, l'éminent professeur de droit romain à l'Université de Grenoble, à qui j'adresse, ici, respectueusement

si paret $N^m N^m A^o A^o$ *sestertium decem milia dare oportere* constituent l'*intentio* de la formule, à savoir, s'il est établi que $A^s A^s$ est créancier de $N^s N^s$. Dès lors

l'expression de ma reconnaissance, m'a fait l'honneur de discuter quelques-unes de mes idées et de me formuler à propos de l'anomalie de la formule contenant une *exceptio* l'objection suivante. Les termes *si non paret* correspondent dans une formule classique renfermant une *exceptio* à la fois aux deux conditions inverses placées devant la *condemnatio*, c'est-à-dire à l'*intentio* et à l'*exceptio*. L'absolution du défendeur se produirait à la fois dans le cas où le défaut absolu de droit du demandeur serait constaté et dans le cas où, l'existence du droit du demandeur étant constatée, une *exceptio* était soulevée avec raison par le défendeur, pour paralyser la prétention du demandeur. Ces deux hypothèses seraient envisagées dans la brève formule : *si non paret absolve*.

Cette objection, à notre sens, n'en est pas une. D'ailleurs elle tendrait, non point à expliquer, mais à supprimer l'anomalie, cependant reconnue par les auteurs dans la formule de l'époque classique contenant une *exceptio*. Mais une telle objection ne peut être soutenue ni grammaticalement, ni logiquement.

Grammaticalement. Prenons une formule quelconque de l'époque classique avec une exception ; considérons pour plus de simplicité celle citée au texte : la formule de l'action *certae creditae pecuniae* avec l'exception de dol. Elle est ainsi conçue : *Si paret* $N^m N^m A^o A^o$ *sestertium decem milia dare oportere, si in ea re nihil dolo malo* $A^i A^i$ *factum sit neque fiat, iudex*, $N^m N^m A^o A^o$ *sestertium decem milia condemna, si non paret absolve*. — Et faisons l'analyse logique des propositions contenues dans cette formule. D'abord dans la clause de condamnation nous avons : 1° *Si paret*, une proposition conditionnelle ; 2° $N^m N^m A^o A^o$ *sestertium decem milia dare oportere*, une proposition infinitive, servant de complément direct à la proposition précédente ; cette proposition infinitive constitue l'*intentio* ; 3° *si in ea re nihil dolo malo* $A^i A^i$ *factum sit neque fiat*, une proposition conditionnelle, renfermant l'*exceptio* ; 4° $N^m N^m A^o A^o$ *sestertium decem milia condemna*, la proposition principale. Or, si les deux propositions conditionnelles dépendent de la proposition principale *condemna*, il faut convenir qu'elles se différencient entre elles d'abord par le *si* répété et les temps des verbes régis par leur conjonction *si* respective. L'*exceptio* est distincte de l'*intentio*. Ensuite

la clause : *si non paret absolve*, qui leur correspond, signifie : s'il est établi que A^s A^s ne soit pas créancier de N^s N^s, juge, absous N^s N^s (1).

dans la clause d'absolution, nous avons comme propositions : 1° *si non paret*, proposition conditionnelle ; 2° *absolve*, proposition principale.

Pour qu'on puisse dire que *si non paret* vise et l'*intentio* et l'*exceptio*, il faut qu'on réunisse deux propositions distinctes en une seule. Or, si l'on sous-entend facilement à la proposition conditionnelle *si non paret*, la proposition infinitive, qui, en lui servant de complément direct, en est le naturel prolongement, à savoir : *N^m N^m A^o A^o sestertium decem milia dare oportere*, on ne peut absolument pas, sans tomber dans l'arbitraire ni méconnaître les règles grammaticales, sous-entendre également la teneur de l'*exceptio* : *si in ea re nihil dolo malo Aⁱ Aⁱ factum sit neque fiat*, rédigée en termes si distincts. Cette proposition conditionnelle, expressément régie par un autre *si*, ne peut donc pas servir de complément direct à *si non paret*, comme la proposition infinitive.

Logiquement. L'opinion courante, convaincue de l'âge récent de l'*exceptio*, innovation tardive du préteur dans le cadre déjà fixé de la formule, pourrait à bon droit se demander la raison pour laquelle le préteur aurait eu recours à de telles particularités pour créer un moyen de défense nouveau, destiné à paralyser le droit incontesté du demandeur et à provoquer l'absolution du défendeur dans des cas encore insoupçonnés avant son innovation. Le préteur n'aurait pas été adroit en n'indiquant pas dans la formule les traits essentiels de l'exception. Du moment qu'avant l'apparition de l'*exceptio*, le préteur n'absolvait le défendeur qu'en cas de défaut de droit du demandeur, comment aurait-il, après la création de l'*exceptio*, laissé les mêmes termes dans la clause d'absolution : *si non paret absolve*, alors qu'il donnait une chance supplémentaire au défendeur d'être absous, au cas où le demandeur, bien qu'étant dans son droit, avait méconnu les règles de l'équité, indiquées dans ce nouveau moyen de défense : l'*exceptio* ? A quel moment les mots : *si non paret absolve*, auraient-ils acquis ce double sens ? A quelle époque ces mots auraient-ils subitement pris cette extension de sens, pour prévoir l'ancien et le nouveau cas d'absolution du défendeur ?

(1) Il n'est pas douteux que les mots : *si non paret*, impliquent comme complément la proposition infinitive dépendant dans la

Mais ce résultat est tout simple. Du moment que l'opinion courante admet l'apparition de l'*exceptio* à une date récente dans le cadre déjà existant de la formule, elle reconnaît, par là même, qu'avant la création de l'*exceptio*, la formule prescrivait déjà au *iudex* de condamner le défendeur, en cas d'existence reconnue du droit du demandeur, et de l'absoudre, en cas d'inexistence du droit du demandeur.

Or, évidemment, le magistrat romain, quand il a introduit un moyen de défense tout nouveau dans la formule, avait bien en vue la protection du défendeur, jusque-là pas encore assurée avec toute l'efficacité nécessaire dans le cas où le demandeur, bien qu'étant dans son droit, avait violé les règles de l'équité. Alors, dira-t-on que l'insertion de l'*exceptio* de ce nouveau moyen de protection dans la formule n'aurait pas même signalé l'éventualité à laquelle répondait l'*exceptio* ? Et pourtant la caractéristique de l'*exceptio* est de supposer incontestable le droit du demandeur, comme de le paralyser au profit du défendeur digne d'intérêt et de

clause de condamnation de : *si paret*. Cf. Arangio-Ruiz (*Le formule con demonstratio e la loro origine*, p. 6), où l'auteur déclare que le *si non paret* équivaut à *si paret*... (et l'*intentio* avec la négation *non* devant le verbe infinitif de cette proposition). Ici *si non paret absolve* est pour : *si paret N^m N^m A^o A^o sestertium decem milia non dare oportere*. — Cela ne peut se comprendre autrement. D'ailleurs la grammaire, si elle rejette la proposition conditionnelle de l'*exceptio* comme complément de *si non paret*, exige naturellement la proposition infinitive de l'*intentio* comme complément direct et nécessaire de *si non paret*.

provoquer ainsi l'absolution du défendeur. Comment, dans ces conditions, admettre que l'*exceptio*, qui venait ainsi donner une chance nouvelle et supplémentaire d'absolution au défendeur, n'ait pas été soulignée plus nettement dans la formule ? Comment imaginer que le prêteur, pour faire accepter son innovation, en créant l'*exceptio* qu'il insérerait dans la formule, ait purement et simplement laissé, avant comme après l'apparition de l'*exceptio*, la même rédaction : *si non paret absolve* ? Comment y croire, sans prêter encore au magistrat romain une contradiction grossière, puisqu'il aurait dit :

A^sA^s n'obtiendra condamnation contre N^sN^s, que si A^sA^s est créancier et de plus que s'il l'est sans aucun dol de sa part ; N^sN^s ne sera absous que si A^sA^s est reconnu n'être pas créancier de N^sN^s.

Ces insuffisances de langage qui n'indiquent ni les conditions d'exercice de l'*exceptio*, ni ses effets de paralyser le droit certain du demandeur et d'amener l'absolution du défendeur, ces contradictions supposées au prêteur, ces maladroites, relevées dans la rédaction du schéma de l'*exceptio* et de la formule, sont, pour nous, trop paradoxales pour que nous les imputions, à l'instar de l'opinion courante, à une innovation maladroite du prêteur dans les éléments de la formule, déjà fixée dans ses termes essentiels.

SECTION IV. — Explication nouvelle.

Cette anomalie de la formule de l'époque classique contenant une *exceptio*, et qui consiste en ce que l'*exceptio*, placée immédiatement après l'*intentio*, se trouve exclusivement dans la clause de condamnation sans avoir sa corrélation dans la clause d'absolution, nous l'expliquerons par des raisons purement historiques. Mais, pour ce faire, nous nous dégageons de l'idée (1) que l'*exceptio* a dû nécessairement venir très tard dans le droit romain. Nous laisserons de côté cette conception trop étroite, pourtant généralement admise, car elle aboutit aux conséquences invraisemblables, déjà citées et critiquées.

L'*exceptio* du défendeur se trouve toujours devant la clause de condamnation. Jamais elle ne prend place dans la clause d'absolution. Cette place de l'*exceptio*, qui crée ainsi à l'époque classique cette anomalie de la formule, ne s'expliquerait-elle pas tout simplement par ce fait que, avant la loi *Æbutia*, sous la procédure des Actions de la loi, il existait dans l'*arbitrium liti aestimandae*, dans cette forme de la *legis actio per iudicis*

(1) C'est en effet avec l'idée que l'*exceptio* de l'époque de Gaius est un progrès récent du droit, que les auteurs et notamment M. Wlassak (*Z. S. St.*, 33, 1912, p. 136 et ss.) tentent de rechercher quel est l'antécédent de l'*exceptio*. Ils considèrent comme acquise l'idée que l'*exceptio* de l'époque classique est le produit d'une longue évolution des droits du défendeur.

postulationem intentée à titre accessoire, un programme, une formule, où seule, après l'*intentio*, se trouvait la clause de condamnation, à l'exclusion de la clause d'absolution ?

D'autre part, à l'époque classique, l'*exceptio* se trouve toujours immédiatement après l'*intentio*. Elle suit ainsi l'affirmation du droit incontestable du demandeur, pour le paralyser dans les cas où le méritait le défendeur. Or, dans le programme de l'*arbitrium*, le demandeur exposait bien son droit comme incontestable, puisque dans la précédente instance *per sacramentum* la question de l'existence de son droit avait été résolue en sa faveur et que pour parvenir à l'exécution de son droit, établi *per sacramentum*, il employait ensuite la procédure accessoire et complémentaire de l'*arbitrium liti aestimandae*, destinée à liquider en argent le montant de son droit. Si le défendeur avait à faire valoir des objections dans le cours de la procédure de l'*arbitrium*, il les énonçait immédiatement après l'*intentio*, pour marquer que, si le demandeur avait eu son *sacramentum iustum* et gagné son procès dans la première instance, il faisait quand même appel à un fait distinct qui devait, en paralysant le droit incontestablement fondé du demandeur, amener le *iudex liti aestimandae* à ne pas le condamner. Si le défendeur était *iudicatus*, il ne voulait pas être l'objet d'une *damnatio*.

Ce n'est pas alors l'insertion de l'exception dans la formule qui en vint troubler l'harmonie, comme on

l'admet communément, car, au début, sous les Actions de la loi, le programme ne conférait au *iudex liti aestimandae* que le pouvoir de condamner définitivement un *iudicatus*, c'est-à-dire un plaideur dont le *sacramentum* avait été déclaré *iniustum*. L'*exceptio* ne créait à cette époque lointaine aucune bizarrerie dans la formule ; cette anomalie résulte précisément de ce que l'*exceptio* ne porte que devant la clause de condamnation, alors que logiquement elle aurait dû reparaître également dans la clause d'absolution. Or, avant la loi *Æbutia*, cette anomalie ne pouvait pas se présenter, puisque justement la clause d'absolution était étrangère à la formule de l'*arbitrium liti aestimandae* (1).

Ce n'est que du jour où l'on a ajouté la clause d'absolution à la formule que celle-ci s'en est ressentie dans l'harmonie de ses termes. A partir de cette époque seulement, l'anomalie a existé et, pour des raisons de tra-

(1) Cf. *suprà*, pp. 34-37. — Le programme de l'*arbitrium liti aestimandae* comprenait : la nomination du *iudex* ; une sorte d'*intentio* ; la clause de condamnation, à l'exclusion d'une clause d'absolution. Le défendeur était *iudicatus* : son *sacramentum* était déclaré *iniustum*. La question de principe était réglée. Aussi le *iudex liti aestimandae* ne pouvait dans la fixation du montant du litige que condamner le défendeur à l'évaluation faite. Tout au plus pouvait-il s'abstenir de condamner le défendeur, en cas de fautes commises dans l'intervalle par le demandeur. Dans ce cadre de formule M. Huvelin (*Mélanges Gérardin*, 1907, *loc. cit.*, p. 343) note l'éventualité d'une clause arbitraire et peut-être d'autres éléments. Parmi ces éléments pouvaient fort bien se trouver, à notre avis, les *exceptiones* du défendeur. C'est la seule explication possible de l'anomalie du schéma de la formule contenant une *exceptio*.

ditionnalisme, bien plus vraisemblables, ici, on a évité de retoucher le cadre de la formule, déjà familier aux Romains à cette époque ancienne (1). Et, si l'on pré-

(1) Lors de la suppression du *sacramentum* initial, les pouvoirs du *iudex* se sont trouvés accrus. A côté de son ancien pouvoir d'estimer le litige, on lui conféra le pouvoir nouveau de statuer sur le fond même du procès. Comme corollaire, le *iudex* ne se bornait plus comme autrefois à condamner, il put désormais absoudre le défendeur. La clause *si non paret absolve* fut ajoutée tout entière au cadre déjà ancien de la formule, pour marquer l'effet de cette réforme. Il en résulta une double conséquence : 1° la formule ancienne sans *exceptio* demeura parfaitement cohérente. Le *si non paret absolve* correspondait au *si paret... condemna* et faisait dépendre l'absolution de l'unique condition inverse (inexistence du droit du demandeur) de celle à laquelle était subordonnée la condamnation (existence du droit du demandeur) ; 2° la formule ancienne avec *exceptio* devint anormale. Le *si non paret absolve* correspondait uniquement à l'inexistence du droit du demandeur et, pourtant, en fait, il comprenait encore et en plus le cas du bien fondé de l'*exceptio*, bien que ce ne fut pas exprimé. Si dans ce cas seulement la formule avait une signification qui dépassait ses termes, si les Romains omirent de compléter ces termes pour les mettre d'accord avec leur sens, cela s'explique par deux raisons : d'abord par le but immédiat de la réforme ; la clause *si non paret absolve* avait comme but direct la consécration du pouvoir nouveau d'absoudre conféré au *iudex* ; ensuite par l'esprit conservateur des Romains, qui, par respect pour le cadre traditionnel de la formule, ne voulurent point corriger le schéma de la formule, une fois la réforme essentielle accomplie. Et voilà pourquoi, aux temps classiques, la formule avec *exceptio* visait dans l'*absolutio* deux cas : l'un expressément indiqué, l'inexistence du droit du demandeur ; l'autre tacite en quelque sorte, l'existence de ce droit paralysé par l'*exceptio* du défendeur. — Ainsi l'anomalie de la formule contenant une *exceptio* a été causée par le legs de l'*exceptio* dans un cadre de formule, déjà constitué et auquel fut adjointe la clause d'absolution. C'est une conséquence de l'addition de la clause *si non paret absolve*. Prétendre que cette anomalie a été causée par une innovation du préteur, soutenir que cette anomalie est contemporaine de l'apparition de l'*exceptio* dans la formule, c'est tout simplement prendre l'effet pour la cause, aboutir à des

sente encore à l'époque classique l'*exceptio* comme supposant le droit incontestablement fondé du demandeur, qu'elle paralyse, cela s'explique par la disparition du *sacramentum* initial, que l'on regardait, après la loi *Æbutia* comme fictivement accompli et comme donnant droit au demandeur de poursuivre le défendeur. La formule, délivrée par le préteur, était originairement une véritable sentence du magistrat, qui remplaçait celle du *iudex* du *sacramentum*. Le défendeur, comparaisant *in iudicio*, apparaissait ainsi fictivement condamné, avant que le bien fondé de son *exceptio* fût susceptible de le réhabiliter, en paralysant le droit tenu pour certain du demandeur (1).

Dès l'instant que l'on réunissait les deux instances du *sacramentum* et de l'*arbitrium* en une seule instance, il fallait bien donner au *iudex* le pouvoir d'examiner avec la question de l'estimation de l'objet du litige celle du principe, du fond même de la réclamation et lui conférer aussi, à côté de son pouvoir primitif de condamner le pouvoir nouveau d'absoudre, de

contradictions que l'on fait partager au préteur romain, et qui, pis est, n'explique nullement le problème.

(1) Dans la procédure formulaire, le défendeur ne paraissait pas être l'égal du demandeur. C'est même un trait caractéristique. On ne peut guère l'expliquer qu'en supposant la fiction d'un *sacramentum*, où le demandeur a triomphé et où le défendeur a succombé. La situation juridique inférieure du défendeur n'est que momentanée : elle est soumise au *iudex*, qui doit condamner ou absoudre, puisqu'en réalité le *sacramentum* n'a pas eu lieu du tout et que la question reste entière.

dégager le défendeur, qui était fictivement mais non en réalité déjà *iudicatus*.

Et si, dans la clause d'absolution qu'on ajoutait ainsi à la formule, on n'a pas répété à cet endroit l'*exceptio*, c'est que, habitués au jeu de l'*exceptio*, les Romains comprenaient la portée de cet ancien moyen de défense, sans avoir de correction à apporter dans un modèle de formule traditionnel qui leur venait de leurs ancêtres.

*
* *

Ainsi l'anomalie résultant de la présence de l'*exceptio* dans la formule de l'époque classique prouve le maintien de l'*exceptio* dans la formule qui s'est adjointe un membre nouveau : la clause d'absolution. Elle s'explique bien mieux par l'idée d'une survivance historique de l'*exceptio* dans un schéma de formule, originairement privé, puis plus tard pourvu de la clause : *si non paret absolve*, que par l'idée d'une innovation prétorienne, maladroite, contradictoire et de date récente. Et, grâce à cette explication, nous trouvons un argument indirect, singulièrement fort, en faveur de l'existence de l'*exceptio* sous les Actions de la loi, dès avant la loi *Æbutia*, dans l'*arbitrium liti aestimandae*. Cet argument a une certaine valeur si l'on considère que l'opinion courante est incapable, quand on la pénètre aussi profondément que possible, d'expliquer cette

anomalie de la formule classique renfermant une exception au profit du défendeur.

§ 2. — Principe de l'unité de question posée
au *iudex* des Actions de la loi.

L'autre argument de l'opinion courante en faveur de l'apparition relativement récente de l'*exceptio* est tiré du principe de l'unité de question posée au *iudex* des Actions de la loi.

Les auteurs modernes admettent communément que l'on ne pouvait poser au *iudex* d'une Action de la loi qu'une question. Ce principe exclut l'existence des exceptions au temps des Actions de la loi (1).

Evidemment, si l'on ne pouvait faire statuer le *iudex* que sur une seule question, le droit du demandeur pouvait uniquement être examiné. On ne concevrait pas que le défendeur pût poser au juge dans l'*exceptio* une seconde question, distincte, destinée à lui soumettre aussi sa prétention.

Mais il est nécessaire de délimiter la portée de ce principe et d'examiner si, comme le reconnaissent les auteurs modernes, ce principe devait s'appliquer d'une

(1) Cf. notamment : Ihering, *Geist*, III, 1, p. 56 ; Lenel, *Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, 1876, p. 44 ; Pissard, *Les questions préjudicielles en droit romain*, p. 18 ; Girard, *Manuel*², p. 1005 ; Wlassak, *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 153. Le juge était lié d'une manière absolue par cette règle de formalisme strict. Le texte qui détermine leur conviction est encore un passage de l'époque classique : Gaius, *Inst.*, 4, 108.

manière absolue ou si, au contraire, il comprenait, à raison même des bases sur lesquelles il reposait, des tempéraments destinés à ne lui conférer qu'une portée relative.

Reprenons l'hypothèse d'une action de vol non flagrant, intentée avant la loi *Æbutia*, dans la forme d'une procédure des Actions de la loi. Le vol porte sur une patère d'or et non sur une somme d'argent.

Il y a lieu alors à une double instance : l'une *per sacramentum*, pour trancher la question litigieuse ; l'autre *per iudicis postulationem*, sous forme d'*arbitrium liti aestimandae*, pour estimer en argent le droit du demandeur, précédemment établi, et rendre possible l'exécution de son droit (1).

SECTION I. — *Per sacramentum*.

Là, pas de doute que le principe de l'unité de question posée au juge ne s'applique rigoureusement.

Devant le magistrat, *in iure*, les parties prêtent serment, plus tard parient qu'elles sont dans leur bon droit et énoncent leurs prétentions. « *Ope consilioque tuo aio furtum factum esse paterae aureae* », disait le de-

(1) La *manus iniectio*, voie d'exécution, ne pouvait avoir lieu que pour des créances de somme d'argent. Il fallait donc, quand la créance portait sur autre chose que de l'argent, un *arbitrium liti aestimandae*, consécutif à une instance *per sacramentum*, pour permettre l'exercice de la *manus iniectio*. Cf. Girard, *Manuel*², p. 991.

mandeur. C'était la *vindicatio*. Le défendeur, ici, le voleur, émettait en termes symétriques une affirmation contraire. C'était la *contravindicatio*.

Peut-on soutenir que cette *contravindicatio* du défendeur était une *exceptio* ?

Personne ne l'a soutenu et nous nous conformerons sur ce point à l'opinion courante. L'*exceptio*, en effet, est un moyen de défense, destiné à paralyser le droit du demandeur, qu'elle reconnaît comme incontestablement fondé. C'est par exemple le cas de N^s N^s, qui se reconnaît véritablement débiteur, mais qui oppose la mauvaise foi de son adversaire. Or, la *contravindicatio* correspondant à la *vindicatio*, a pour but de nier le principe même du droit du demandeur. Loin d'invoquer un fait justificatif, qui neutralise le droit certain du demandeur, le défendeur regarde la prétention de son adversaire comme non fondée.

La question soumise au *iudex* du *sacramentum* n'est pas une question double. Le juge doit examiner qui a raison ou tort. Cette *vindicatio* et cette *contravindicatio*, faites devant le préteur et soumises ensuite à l'examen du *iudex*, ne sont en réalité que les deux faces d'une seule et même question : « Qui a raison des deux plaideurs » ?

Et comme la question de droit était indirectement posée sous forme d'un serment, puis d'un pari, le juge exprimait une affirmation ou une négation sur ce serment ou sur ce pari et tranchait implicitement la ques-

tion de droit. Le juge déclarait, sans pouvoir nuancer sa sentence, que le *sacramentum* du volé était *iustum* ou *iniustum* ; il disait encore que le *sacramentum* des deux parties était *iniustum*, quand les plaideurs avaient tort l'un et l'autre. Mais rien de plus. Et celui dont le *sacramentum* était déclaré *iniustum* était *iudicatus* : il avait prêté un faux serment ou avait perdu son pari.

Si l'unité de question s'appliquait strictement ici, cela ne tient pas à une particularité de cette procédure, dont les motifs seraient obscurs pour nous. Au contraire, nous découvrons sans peine la raison d'être de cette règle : l'unité de question dérive du principe (1) du serment. On parvient alors à expliquer les cas dans lesquels s'appliquera le principe de l'unité de question posée au juge et ceux dans lesquels il sera hors de cause. Or, dans la procédure *per sacramentum*, le serment était originairement le fond même de l'instance engagée. Plus tard, quand le pari, sorte de serment laïque, a remplacé le serment, l'unité de question demeura toujours le trait caractéristique de cette procédure.

SECTION II. — *Per arbitrium liti aestimandae.*

Le volé, dont le *sacramentum* avait été reconnu *iustum*, devait ouvrir une instance de *iudicis postulatio*, accessoire et complémentaire, sous la forme d'un *arbi-*

(1) On sait en effet que l'on ne pouvait trancher par ordalie qu'une question simple. C'est la même application de la même idée directrice.

trium liti aestimandae pour parvenir, grâce à l'estimation en argent de l'objet volé, à l'exécution de son droit.

Or, il est clair que le *iudex liti aestimandae* avait des pouvoirs plus larges que le juge du *sacramentum*. Dans la *iudicis postulatio* il n'y avait pas de serment. Dès lors l'unité de question posée au juge n'avait aucune raison de s'appliquer. C'est ce que confirmeront du reste les observations suivantes, basées sur l'essence même de l'*arbitrium liti aestimandae*.

Le programme, débattu *in iure*, indiquait au *iudex* sa tâche. On le renseignait sur la question litigieuse, résolue en faveur du demandeur dans le *sacramentum*, et on l'invitait, après lui avoir donné la mission d'évaluer le montant du litige, à condamner définitivement le défendeur *iudicatus*.

A raison même de sa fonction, le *iudex liti aestimandae* avait des questions complexes à résoudre. Il ne tranchait pas une question simple.

Son premier devoir était évidemment de vérifier l'identité de la question, dont le demandeur se servait comme base pour lui donner le pouvoir de condamner le défendeur à l'évaluation faite, avec la question véritablement tranchée par le *iudex* du *sacramentum*. Cette obligation existait si bien pour lui que, dans le cas où le demandeur peu scrupuleux réclamait au *iudex* de l'*arbitrium* d'évaluer deux patères d'or, alors que *per sacramentum* il n'avait obtenu son *sacramentum iustum*

que pour une patère d'or, le *iudex* devait s'abstenir de condamner le défendeur à cette prétention exagérée. Devant cette *plus petitio* du demandeur le juge ne pouvait pas absoudre le défendeur : car il ne pouvait pas résoudre au fond la question litigieuse. Celle-ci était tranchée : il ne pouvait que la sanctionner dans ce qu'elle décidait. Le *iudex liti aestimandae* ne pouvait pas violer la décision de principe, précédemment rendue, en estimant, contrairement à ce qu'elle déclarait, le montant de deux patères d'or.

Mais le *iudex*, après avoir vérifié l'identité de la question à lui soumise avec la question véritablement tranchée *per sacramentum*, devait en outre évaluer le montant du litige et condamner définitivement le défendeur à la valeur estimée. Or, pour établir son expertise, le *iudex* n'était pas en présence d'une question simple, à laquelle il put répondre, comme le *iudex* du *sacramentum*, par oui ou par non. C'était en réalité une foule de questions qu'il avait à examiner, pour répondre à la demande complexe d'estimation du litige, formulée par les parties dans le programme qu'elles lui remettaient. Il avait une opinion à se former sur la valeur réelle des objets litigieux. Par conséquent tous les renseignements pouvant concerner l'estimation du litige, tous les moyens d'investigation auprès des tiers, comme auprès des parties, lui étaient utiles et nécessaires.

Il est évident que le principe de l'unité de question posée au juge, s'il dominait absolument la procédure

per sacramentum, ne s'appliquait point du tout dans l'*arbitrium*. Rien ne s'opposait, au contraire, à l'admission des exceptions de la part du défendeur, qui voulait, en alléguant un fait de nature à paralyser l'efficacité de l'estimation du *iudex*, échapper à la condamnation, sous condition, bien entendu, d'avoir inséré l'*exceptio* dans le programme, au cours de la phase *in iure* de l'*arbitrium*, devant le magistrat (1).

L'*exceptio* ainsi formulée se comprenait fort bien :

(1) Une étude sur les pouvoirs du magistrat dans la *legis actio* : *iudicis postulatio*, intentée sous forme de l'*arbitrium liti aestimandae*, avant la loi *Æbutia*, fixée par M. Girard entre 605 et 628 de Rome, serait intéressante. Bien que notre travail soit consacré aux *exceptiones* et aux *praescriptiones*, nous pouvons émettre quelques observations sur cet à-côté de la question. L'idée exprimée par M. Wlasak sur les pouvoirs du magistrat, avant la loi *Æbutia*, ne nous semble pas incompatible avec la théorie défendue ici sur l'*arbitrium liti aestimandae*. Il ne faut pas oublier, en effet, que la *iudicis postulatio* est une requête, adressée au magistrat, tendant à lui demander la nomination d'un *iudex* ou d'un *arbiter*. Or, le magistrat devait avoir le droit d'accepter ou de refuser la demande que les parties lui adressaient. Le verbe *postulare*, caractérisant cette procédure, donne un point d'appui à cette réflexion. — Une des hypothèses où, dans la phase *in iure* de l'*arbitrium liti aestimandae*, le magistrat refusait au demandeur qui a triomphé dans le *sacramentum* le droit d'ouvrir une instance d'*arbitrium*, pouvait se présenter par exemple, lorsque le défendeur *iudicatus* avait restitué tout l'objet volé au demandeur. Si le demandeur persistait à demander par pure mauvaise foi une estimation d'un objet volé qui lui avait été restitué, le magistrat devait écarter sa requête. A quoi servait en effet l'*arbitrium* ? A permettre au demandeur d'exécuter son droit. Or, si le défendeur s'était exécuté volontairement, il n'y avait évidemment pas lieu d'ouvrir un *arbitrium*. Et, si le demandeur s'obstinait à en réclamer un, il est naturel de supposer que le magistrat refusait sa requête et l'empêchait de saisir un *iudex* de la question d'évaluation de l'objet volé, rendu à son propriétaire.

une *exceptio* suppose le droit incontestable du demandeur, mais le paralyse à raison d'un fait distinct, digne d'être pris en considération. Or le défendeur, au moment où s'ouvrait l'*arbitrium liti aestimandae*, connaissait fort bien la sentence du *iudex* du *sacramentum*, qui avait déclaré *iustum* le droit du demandeur et *iniustum* le sien propre. Le défendeur savait qu'il figurerait dans l'*arbitrium* comme *iudicatus* en passe de devenir *condemnatus*. Et c'est justement pour ne pas nier le principe, indiscutablement établi *per sacramentum*, de sa culpabilité, qu'il demandait par l'*exceptio* au *iudex liti aestimandae* de paralyser le droit certain du demandeur à l'estimation de son droit. C'est en s'appuyant, pour ainsi dire, sur le droit de son adversaire, qu'il voulait éviter les conséquences rigoureuses du droit strict du demandeur. Et le *iudex*, dès l'instant qu'il ne pouvait pas absoudre le défendeur déjà *iudicatus*, s'abstenait de le condamner, quand il reconnaissait le bien fondé de son *exceptio*.

Ainsi s'expliquent historiquement la nécessité et la raison d'être de l'*exceptio* dans la formule. Sa place entre l'affirmation du droit du demandeur, l'*intentio* d'une part, et la clause de condamnation d'autre part, n'a rien de surprenant.

*
* *

Ce qu'il y a d'intéressant à relever, c'est que les *exceptiones* du défendeur peuvent trouver place dans

l'arbitrium liti aestimandae. Le principe de l'unité de question posée au juge des Actions de la loi s'appliquait nécessairement dans la procédure de la *legis actio sacramenti*, mais *l'arbitrium liti aestimandae* lui était complètement étranger. Ce principe n'a donc pas la portée, vraiment excessive, que lui attribue l'opinion courante (1). Loin d'exclure, pour le temps des Actions de la loi, la possibilité de l'existence des *exceptiones* du défendeur, qui, d'après elle, n'auraient pu se concevoir (2) qu'à la suite de la loi *Æbutia* et des *praescriptiones pro reo*, il démontre au contraire que les *exceptiones* du défendeur pouvaient être employées, avant la loi *Æbutia*, sous les Actions de la loi, dans la *iudicis*

(1) Girard, *Manuel* ⁵, p. 992, note que le *iudex liti aestimandae* doit avoir de plus larges pouvoirs que le *iudex* du *sacramentum*. « Il est possible que le juge y ait déjà rendu non pas seulement un jugement comme dans le *sacramentum*, mais une condamnation pécuniaire contre le défendeur reconnu débiteur ». L'auteur admet que le *iudex* de *l'arbitrium* ne pouvait pas recourir aux affirmations et aux négations du *sacramentum*.

(2) L'opinion courante prend comme critérium le texte de Gaius, 4, 108 (cité *suprà*, p. 18, n. 2, avec les deux interprétations fournies l'une par M. Girard et l'autre par M. Wlassak). Mais, quel que soit le désaccord entre ces deux auteurs sur ce texte, il y a un point sur lequel ils sont en communauté de vues. Tous deux rejettent l'existence des *exceptiones* du défendeur avant la loi *Æbutia*. M. Wlassak paraît convenir de l'existence des *exceptiones* à cette époque, mais nous savons que, sous le terme *exceptio*, il entend la *denegatio legis actionis* par le magistrat. C'est donc une toute autre sorte d'*exceptio* que M. Wlassak reconnaît avant la loi *Æbutia*, sous les Actions de la loi. Il ne s'agit pas de l'*exceptio* du défendeur insérée dans la formule, mais du droit de *denegare legis actionem* avant la loi *Æbutia*, repoussé par M. Girard et admis par M. Wlassak.

postulatio intentée sous forme d'*arbitrium liti aestimandae*. Cette considération sur le principe de l'unité de question posée au *iudex* des Actions de la loi s'unit à la constatation d'une bizarrerie de la formule classique renfermant une *exceptio*, qui ne peut s'expliquer que par la survivance d'un état primitif de la formule, contenant déjà l'*exceptio*, à l'addition ultérieure de la clause : *si non paret absolve*. Et nous n'avons pas de peine à remarquer que ces deux arguments portent en eux-mêmes la réfutation des conclusions qu'établit sur eux l'opinion courante.

CHAPITRE III

LES EXCEPTIONES DU DEMANDEUR SOUS LES ACTIONS DE LA LOI

L'opinion courante, tout en admettant, à tort avon-nous cru pouvoir établir, que l'*exceptio* est d'un âge relativement récent en droit romain, a toujours envisagé l'*exceptio* comme synonyme de moyen de défense, réservé exclusivement au défendeur. C'est qu'en général les classiques du II^e et du III^e siècles ne la conçoivent guère autrement à leur époque.

Mais ce n'est pas une raison, avon-nous déjà remarqué, pour reporter le droit des classiques dans les temps plus anciens et figer, pour ainsi dire, les institutions juridiques, malgré le cours des siècles, dans une immobilité contraire à la fois à la diversité des besoins sociaux des différentes époques et à l'évolution des idées.

Dès lors apparaît pour nous la possibilité toute naturelle de retrouver dans les vestiges d'un droit antérieur une physionomie de l'*exceptio*, tout autre à l'origine que celle qu'elle a prise et conservée à l'époque classique. L'*exceptio*, d'une acception très large, ne désignait pas, sous les Actions de la loi, que le moyen de défense bien connu. Elle s'appliquait, encore et en plus, au demandeur désireux de limiter sa réclamation présente,

pour éviter de déduire tout son droit en justice et se ménager la faculté de demander ultérieurement l'exécution d'autres fractions de ce même droit.

Cicéron nous laisse apercevoir en effet les traces de ce sens anciennement très large du mot *exceptio* dans un passage du *De Oratore* ainsi conçu (1) :

Quid ? his paucis diebus, nonne nobis in tribunali Q. Pompeii praetoris urbani familiaris nostri sedentibus, homo ex numero disertorum postulabat, ut illi, unde peteretur, vetus atque usitata exceptio daretur, cuius pecuniae dies fuisset ? Quod petitoris causa comparatum esse non intellegebat, ut, si ille infitiator probasset iudici ante petitam esse pecuniam, quam esset coepta deberi, petitor, rursus cum peteret, ne exceptione excluderetur, quod ea res in iudicium ante venisset.

L'auteur du *De Oratore* fait ressortir l'utilité pour les avocats de connaître leur droit civil et cite des

(1) Cicéron, *De Orat.*, I, 37, 168, d'après l'édition Orelli et Baier I, p. 201. — Il n'y a pas de difficultés sérieuses de texte. — Cicéron cite encore ici un cas de *plus petitio*. Ce n'est pas une *plus petitio re*, comme dans le paragraphe précédent (*De Orat.*, I, 36, 166-167. Cf. *suprà*, p. 28, n. 1). Il s'agit ici d'une *plus petitio tempore* : le demandeur réclame plus qu'il ne lui est dû en réclamant avant l'échéance. Les cas de *plus petitio* sont, en effet, ceux qui devaient constituer des pièges aux avocats, beaux parleurs et dépourvus de connaissances juridiques sérieuses, dont nous parle Cicéron.

exemples d'erreurs grossières, commises devant les tribunaux par certains défenseurs ignorants.

Un de ces exemples est tiré d'un procès qui s'est passé devant le tribunal de Q. Pompeius. Or ce Q. Pompeius nous est bien connu (1) : il n'est autre que le Q. Pompeius Rufus, qui fut préteur en 663, puis consul avec Sulla en 666. D'autre part, Cicéron, par les termes : *his paucis diebus*, doit nous parler d'une affaire récente pour lui et de son contemporain. La date de ce procès peut alors être fixée, sans trop de difficulté, en 663 de Rome.

L'anecdote vise une réclamation d'arrérages de rente viagère et souligne à ce propos deux bévues commises l'une par le demandeur, l'autre par le défendeur.

L'avocat du créancier demande les arrérages de la rente due à son client, mais sans distinguer les arrérages échus de ceux qui étaient à échoir. C'était exagérer sa prétention et s'exposer, en conséquence, par la *plus petitio* encourue, à perdre complètement son procès et encore à s'enlever toute possibilité de formuler ultérieurement une nouvelle réclamation, même limitée, par suite de la chose jugée (2). L'avocat aurait voulu

(1) Teuffel, *Geschichte der Römischen Literatur* ⁵, I, 1890, Leipzig, p. 153.

(2) Il est remarquable que dans ce passage le terme *exceptio* soit employé pour le demandeur et pour le défendeur. L'exception du défendeur fait allusion à l'exception *rei in iudicium deductae*. Par conséquent l'effet extinctif de la *litis contestatio* et cette exception étaient familières à Cicéron.

perdre sa cause, qu'il ne s'y serait pas pris autrement.

Mais le comble est qu'il fut néanmoins sauvé par une bétise de son confrère. L'avocat du débiteur, au lieu de laisser engager le débat sur un terrain où son procès était gagné d'avance, craignit sans doute, par suite de son ignorance, de se voir condamné aux arrérages échus comme aux arrérages futurs et réclama pour lui : l'*exceptio cuius pecunia dies fuisset*. En introduisant dans la discussion cette *exceptio*, le défendeur établissait la distinction entre les arrérages et corrigeait la *plus petitio* du créancier, pour limiter la demande aux arrérages échus. Le créancier, par suite de sa propre maladresse rachetée par celle de son débiteur, se trouvait désormais en bonne situation pour obtenir la condamnation de son adversaire aux arrérages échus et se réserver de réclamer plus tard les arrérages futurs, une fois arrivés à échéance. L'avocat du débiteur eût voulu desservir les intérêts de son client pour défendre et sauver ceux du créancier, qu'il n'eût pas pu mieux faire.

Ce texte du *De Oratore* n'est pas seulement curieux à raison de l'insuffisance juridique, relevée chez certains avocats du temps de Cicéron. Il est d'un intérêt considérable pour l'histoire des exceptions. Peu de romanistes l'ont remarqué ; aucun n'en a développé les importantes conséquences. Pour nous en rendre compte, nous examinerons leurs explications au sujet de ce texte, avant d'exprimer notre interprétation bien différente.

§ 1. — Examen des explications données.

Ce texte n'a été que très peu étudié : il n'a bénéficié que de quelques observations, peu approfondies, faites à son sujet par des auteurs, tous pénétrés de l'idée que l'*exceptio* désigne toujours en droit romain un moyen de défense. Avec ce préjugé initial, les auteurs qui l'ont visé n'ont pu que donner des vues peu intéressantes ; leur conception sur la fonction de l'*exceptio* a faussé par la base leurs remarques sur ce passage de Cicéron.

Trois auteurs ont donné chacun une explication du mot *exceptio*, placé devant la clause *cuius pecuniae dies fuisset*. Ils aboutissent aux mêmes conclusions par des voies différentes.

Keller d'abord découvre dans le terme *exceptio* (1) une trace nouvelle de l'ignorance des parties. Le débiteur, en effet, aurait demandé à titre d'*exceptio* ce qui était en réalité une *praescriptio pro actore*, créée seulement dans l'intérêt du demandeur.

Mais le texte eût spécifié cette maladresse supplémentaire du débiteur. Or il ne dit rien de semblable : il déclare qu'un avocat postulait pour son client, défendeur à l'action, l'*exceptio cuius pecuniae dies fuisset*. Par conséquent le défendeur réclamait pour lui-même

(1) Keller, *Litiskontest.*, 524, 26. *Zivilprozess*, § 41, 474, p. 207. Consult. aussi : Hugo, *Geschichte der röm. Rechts*, 667, 1 ; Kniep, *Praescriptio und pactum*, pp. 32-34.

maladroitement une *exceptio* réservée au demandeur. C'est déjà, il faut le reconnaître, une bévue insigne ; il n'y a pas besoin de supposer encore que le défendeur prenait une *praescriptio pro actore* pour une *exceptio*.

M. Pissard ensuite rejette (1) la maladresse sur Cicéron qui emploie le mot *exceptio* en parlant de la *praescriptio pro actore cuius pecuniae dies fuit*. Pour lui, ce terme est seulement une preuve de l'insuffisance de la terminologie juridique des rhéteurs et en particulier de Cicéron.

Cette affirmation est loin d'être décisive. Son auteur ne pouvait évidemment pas donner une autre explication, sans modifier le cadre de sa belle étude sur les questions préjudicielles où il admet, conformément à l'opinion courante, que l'exception réservée au seul défendeur fait son apparition en droit romain après la *praescriptio pro reo* et à une époque relativement récente. Invoquer ici l'impropriété des termes de Cicéron est bien peu vraisemblable. Ecrivain et jurisconsulte, le grand orateur se distingue en général par la propriété de sa langue juridique. D'autre part il n'est pas admissible qu'il se trompe, quand il décrit comme praticien des institutions contemporaines. C'est encore moins admissible ici qu'ailleurs, puisque l'anecdote citée présente un intérêt exclusivement juridique. Et puis, avant

(1) Pissard, *Les questions préjudicielles en droit romain*, thèse Paris, 1908, p. 117, n. 1. — M. Pissard adopte ici l'opinion de Naber (*Mnémosyne*, 1889).

de présenter le terme *exceptio* comme une impropriété de langage, il eût tout au moins fallu rechercher le sens de ce mot à cette époque et à l'époque antérieure : puisque le terme *exceptio* apparaît comme ancien et usité.

M. Wlassak, enfin (1), justifie Cicéron d'avoir employé le mot *exceptio*. L'auteur du *De Oratore* ne s'est pas servi de cette expression pour faire ressortir encore l'ignorance du défendeur, comme le soutient Keller, au contraire, il cite cette expression pour désigner avec netteté l'effet de la *praescriptio pro actore*. Pour cet auteur, la *praescriptio* est placée devant une *intentio* trop large et a, comme conséquence, d'*excipere*, d'enlever à cette *intentio* quelque chose pour en faire l'objet unique de la *litis contestatio*, en vertu des mots : *ea res agatur*. Cette explication, bien que plus satisfaisante à raison du sens du verbe *excipere*, est encore à écarter.

Cicéron aura écrit, en effet, *ea res agatur, cuius pecuniae dies fuisset*, pour mettre en relief l'effet supposé de la *praescriptio pro actore*. Or ces mots : *ea res agatur* ne se trouvent pas dans le texte. De plus, M. Wlassak, comme les auteurs précédents, postule l'existence de la *praescriptio pro actore* au temps de Cicéron : ce qui est à démontrer.

(1) Wlassak, *Praescriptio und bedingter Process*, Z. S. St., 33, 1912, pp. 144. 145.

§ 2. — Notre interprétation.

Il n'y a donc qu'une seule interprétation possible : le créancier réclame sans distinction, sans *exceptio*, les arrérages échus et futurs de sa rente viagère. Il commet une *plus petitio*. Mais le défendeur, par ignorance, demande à ne payer que les termes échus en invoquant l'*exceptio cuius pecuniae dies fuisset*, réservée au demandeur, qui eût dû s'en prévaloir. Le débiteur sauve ainsi à son propre détriment le créancier de la perte totale de ses prétentions.

Cette interprétation est plus conforme au texte : elle le prend tel qu'il est, sans lui faire subir aucune retouche arbitraire. D'ailleurs pour quelles raisons y aurait-il lieu de faire céder le texte sur un point plutôt que sur tel autre. L'anecdote est très claire et se comprend très bien. Mais alors la conséquence qui en résulte ressort d'elle-même : le passage du *De Oratore* prouve l'existence d'une *vetus atque usitata exceptio : cuius pecuniae dies fuit*, qui, en étant usurpée par le défendeur grâce à son ignorance, démontre par là même son institution en faveur du demandeur.

Cette interprétation, non seulement plus naturelle que les précédentes, a encore le double avantage d'être confirmée par la terminologie des mots *exceptio-excipere* à l'époque primitive et à celle de Cicéron, et d'être féconde en conclusions fort intéressantes sur l'histoire des *exceptiones*.

SECTION I. — Terminologie : *exceptio-excipere*.

Nos recherches sur les termes *exceptio excipere*, aussi loin que l'on puisse remonter et jusqu'à l'époque de Cicéron, fournissent une preuve convaincante du sens très large d'*exceptio*.

Dès le début, en effet, le verbe *excipere* a une signification très large de : *tirer de, extraire de, retirer* ; puis : *mettre à l'ombre, recevoir*.

1° Plaute emploie dans ses comédies (1) plusieurs fois le verbe *excipere*.

Aulul. 4.10.45 :

Neque partem tibi

Ab eo qui habet indipisces, neque furem excipies ?

(mettre à l'ombre)

Mil. glor. 2.2.13 :

Sed me exceptit : nihili facio, quid illis faciat ceteris.

(mettre de côté)

Rud. 2.3.66 :

Credo aliquem immersisse atque eum excepisse :

(retirer la valise)

Rud. 4.3.47 :

Immo hercle haud est, siquidem quod vas excepisti.

(retirer)

(1) T. Maccius Plautus, ...† 570 U. C. — *Plauti comoediae*, éd. Leo (Berolini, 1895-1896). C'est d'après cette édition que sont cités les passages visés au texte.

Rud. 4.3.80 :

Quemne ego excepi in mari ?

(tirer à soi)

Rud. 4.4.140 — 141 :

Sumne ego scelestus, qui illunc hodie excepi vidulum ?

Aut cum excepi, qui non alicubi in solo abstrusi loco ?

(retirer)

Rud. 5.2.5 :

Ego qui in mari prehendi

Reti atque excepi vidulum, ei dare negatis quicquam.

(retirer)

Rud. 5.3.6 :

Omnia insunt salva ; una istinc cistella excepta est modo.

(tirer de)

Ainsi l'ensemble des passages, où Plaute se sert du verbe *excipere*, tend à prouver incontestablement que ce terme a le sens de *tirer de*, *retirer*, et en général est pris par le grand comique dans son sens primitif, étymologique : *ex-capere* ; prendre de.

2° Après Plaute, nous avons étudié Térence (1). Nos recherches n'ont pas donné de résultat. Nous n'avons pas trouvé le verbe *excipere*. Mais nous avons remarqué que, pour rendre l'idée exprimée par *excipere*, le célèbre comique emploie le verbe *capere*, suivi de *ex* et l'ablatif. Ces deux verbes ont à cette époque une

(1) P. Terentius Afer...† 595 U. C. — P. Terenti Afri Comoediae, éd. Dziatzko, Lipsiae, 1884.

signification analogue. Il est intéressant de le constater.

3° Chez les auteurs dramatiques, nous n'avons rien trouvé sur *excipere*, sauf chez Décimus Laberius (1), qui emploie le terme : *excepisse*, pour nous donner une atténuation du sens primitif.

Hic est ille gurdus, quem ego me abhinc menses duos
[ex Africa

Aduenientem excepisse tibi narraui.

(tirer à soi, recevoir)

4° Nous avons trouvé une fois le mot *excipere* dans le *Numae carmen saliare* (2) :

Italiam, in qua Saturnus-exceptus ab Iano uel
Iane, ut Salii uolunt.

(tiré de, sorti de)

5° Nous n'avons rien trouvé intéressant le verbe *excipere* dans les fragments d'Ennius et de Lucilius que nous possédons (3).

6° Les œuvres de Caton ne nous ont procuré aucun renseignement. Le *de agri cultura* et les fragments de

(1) Decimus Laberius...† 711 U. C. — Ce passage est extrait de Cacomnemon. Il se trouve dans le recueil de Ribbeck, II, *Comico-rum romanorum fragmenta*, p. 281, 13-14. — Les auteurs dramatiques ont été examinés dans : Ribbeck, *Scaenicae romanorum poesis fragmenta* I *Tragicorum romanorum fragmenta*, qui ne nous ont rien donné et dans le deuxième volume consacré aux comiques, II, *Comicorum romanorum fragmenta*.

(2) Ed. Baehrens, *Fragmenta poetarum romanorum*, p. 32.

(3) Ennius, éd. Vahlen, et Lucilius, éd. Marx.

ses autres ouvrages ne mentionnent pas le verbe *excipere* (1).

7° Varron, au contraire, emploie le terme *excipere* assez fréquemment.

Dans les *Rerum rusticarum libri tres* nous trouvons en effet :

Pauciora excipiunt, 2.2.5.

(sortir de)

Itaque stipulantur paucis exceptis verbis, 2.3.5.

(termes exprès, mis en relief)

Ab hoc in lege locationis fundi excipi solet, ne colonus capra natum in fundo pascat, 2.3.7.

(être défendu, interdit)

De sanitate et noxa stipulationes fiunt eadem, quae in pecore, nisi quod hic utiliter exceptum est, 2.9.7.

(stipulé expressément)

In horum emptione solet accedere peculium aut excipi et stipulatio intercedere, sanum esse, furtis noxisque solutum, 2.10.5.

(enlevé, exclu)

Exceptos e leporario, 3.12.5.

(enlevés, tirés, sortis de)

Dans le *de lingua latina*, nous avons encore un passage à citer :

(1) M. Porcius Cato...† 605 U. C. — *M. Catonis praeter librum de re rustica quae extant*, éd. Jordan, Lipsiae, 1860. — *M. Porci Catonis de agri cultura liber*, éd. Keil.

Et quod terra sit humus, ideo is humatus mortuus, qui terra obrutus; ab eo qui Romanus combustus est, (si) in sepulc(h)rum eius abiecta gleba non est aut si os exceptum est mortui ad familiam purgandam....., familia funesta manet. 9.12.

(sorti de, déterré)

Ainsi dans Varron (1) nous rencontrons la signification primitive *excipere* : extraire, tirer de, retirer. Mais en même temps cette signification apparaît comme se juxtaposant à d'autres plus récentes : défendre, interdire, exclure; puis : fixer, stipuler expressément.

8° Les fragments d'historiens (2), les fragments d'orateurs (3) n'ont fourni aucun témoignage sur le mot : *excipere*.

9° Cicéron (4) nous donne de précieuses indications. Dans son œuvre si abondante, nous trouvons *exceptio* et *excipere* exprimés bien des fois.

(1) M. Terentius Varro...† 727 U. C. — *Rerum rusticarum libri tres*, éd. Keil. — *De lingua latina*, éd. Goetz et Schoell.

(2) Ed. Peter.

(3) Ed. Meyer.

(4) Nous n'avons pu trouver d'indications dans les œuvres de Catulle, Salluste, Lucrèce, dans les textes épigraphiques. Dans les ouvrages de Cicéron, nous avons trouvé d'intéressants renseignements. Nous ne citons au texte que les ouvrages de rhétorique. Il s'agit d'étudier en effet le sens du terme *excipere*, pour être à même de dire s'il y a ou non une impropriété de termes dans le *De Orat.*, 1, 37, 168. — Nous nous sommes servis de Merguet, *Lexikon zu den Reden des Cicero*, 2° vol. D-L, Léna, 1880, pp. 259.260. — Un complément a paru en 1905 (Merguet, *Handlexikon zu Cicero*). Nous nous sommes servis et avons retenu ce qui avait trait aux œuvres de rhétorique (Cf. *op. cit.*, pp. 241. 242).

A) *Exceptio*. — Ce terme désigne chez le grand écrivain soit une exception à une règle, soit une défense, soit une restriction.

Exceptio à une règle. — Dans ce sens l'idée exprimée signifie que la règle laisse en dehors de son champ d'application une éventualité quelconque. On lui *retire* un cas d'application.

Nonne te mihi testem...eripuit...legis exceptio (1).

Sunt... in tota lege exceptiones duae (2).

Non... hac exceptione unus adficitur beneficio (3).

Est alia.... quaestuosa exceptio, quae teget eos agros (4).

Si istius honoris causa hanc eandem exceptionem iniussu populi ad legem ascribi iubeatis (5).

Praetoris exceptionibus multae excluduntur actiones (6).

Ibi exceptiones postulantur (7).

Hic is, qui agit, iudicium purum postulat; ille, quicum agitur, exceptionem addi ait oportere (8).

Consuesse eos, qui leges scribant, exceptionibus uti (9).

(1) Uerr. 2.24.

(2) Leg. agr. 1. 10.

(3) Leg. agr. 1. 13.

(4) Leg. agr. 2. 58.

(5) Inv. 1. 56.

(6) Inv. 2. 57.

(7) Inv. 2. 58.

(8) Inv. 2. 60.

(9) Inv. 2. 130.

Oportet recitare leges cum exceptionibus scriptas (1).

Non omnia scriptis, sed quaedam, quae perspicua sint, tacitis exceptionibus caveri (2).

Ut illi unde peteretur, vetus atque usitata exceptio daretur cuius pecuniae dies fuisset (3).

Défense. — Quod si exceptio facit, ne liceat (4).

Restriction. — Etsi recte sine exceptione dixeram virum (5).

Interdixit.... de vi hominibus armatis sine ulla exceptione (6).

Vim.... restitui sine ulla exceptione voluerunt (7).

Le mot : *exceptio*, dans les discours et les ouvrages de rhétorique de Cicéron, se tient près de l'idée de *retirer de*, *extraire de*. Cependant d'autres significations apparaissent à côté de cette acception originaire. Réserve, défense, interdiction sont exprimées par ce mot. L'époque de Cicéron nous apparaît comme un trait d'union entre les sens dérivés et le sens primitif. L'examen du verbe *excipere* complètera cette constatation.

B) *Excipere.* — Pour ce verbe nous relevons également des significations nouvelles et plus spécialisées

(1) Inv. 2. 131.

(2) Inv. 2. 140.

(3) De Orat. 1. 37. 168.

(4) Balb. 32.

(6) Uerr. 5. 81.

(5) Caecin. 23.

(7) Caecin. 63.

en même temps que le sens primitif. Elles se détachent de l'idée originaire pour laisser prévoir qu'elles ne pourront guère s'entendre, à l'époque postérieure, que d'une personne qui se défend.

Nous pouvons classer les significations de ce verbe en quatre catégories : d'abord *sauver de*, *retirer de* (sens ancien) ; ensuite *retirer de* pour *exclure* ; en outre *retirer de* pour *tirer à soi* ; enfin, l'idée commune servant de base à toutes ces significations : *prendre*, *saisir*.

1° *Sauver de*, *retirer de*. — Phalacrum.... exceptum esse à Cléomene (1).

Equitem romanum, veterem amicum..... labentem exceptit (2).

Ut te ex populi sermone exciperes (3).

Dulcis non multo secus est ea (patria) quae genuit, quam illa, quae exceptit (4).

Si nos aliquid ex sermone vestro memoria dignum excipere possemus (5).

2° *Retirer de* pour *exclure*. — Cette idée est une spécialisation de l'acceptation primitive. Elle prédomine dans les trois significations suivantes : *fixer par voie d'exclusion* ; *mettre à part* ; *défendre*, *empêcher*, *interdire*.

(1) Uerr. 5. 116.

(2) Rab. Post. 43.

(3) Flacc. 82.

(4) Leg. 2. 5.

(5) De Orat. 1. 96.

a) *Fixer par voie d'exclusion.* — Quibus (legibus) exceptum est, de quibus causis... magistratum capere non liceat (1).

Ubi est... exceptum foedere Gaditano, ne quem... recipiat (2).

b) *Mettre à part, excepter.* — Ut Tauromenitanis..... exceptum sit foedere, ne navem dare debeant (3).

Si ex omnibus rebus se ipsum nudum neque praeterea quicquam excipit (4).

Excipit Pompeium (5).

Glaucippus excipitur (6).

Rem nullam esse exceptam (7).

Eum, quem amat, excipit (8).

Is excipitur unus, ne manubias referre debeat (9).

Non mihi videntur honoris causa excipere Pompeium (10).

Neminem excipio (11).

Exceptis eis, qui (12).

(1) *Cluent.* 120.

(2) *Balb.* 32.

(3) *Uerr.* 5. 50.

(4) *Sext. Rosc.* 144.

(5) *Leg. agr.* 1. 13.

(6) *Leg. agr.* 1. 13.

(7) *Leg. agr.* 2. 38.

(8) *Leg. agr.* 2. 60.

(9) *Leg. agr.* 2. 60.

(10) *Leg. agr.* 2. 61.

(11) *Scaur.* 44.

(12) *Philipp.* 2. 29.

Eos excipio (1).

In eodem excipiendo (2).

In quo (qua) aliquid sacrosanctum exceptum videretur (3).

Nec quicquam illis verbis, si quid sacrosanctum est, esse exceptum videretur (4).

Quod lege exceptum videretur (5).

Exceptum.... est foedus, si quidem sacrosanctum est (6).

Quae res.... excipi possit (7).

Hosce ego homines excipio (8).

Exceptis eis telis (9).

Excepto illo Cinnano tempore (10).

Eum (legis scriptorem) fuisse excepturum, si quid excipiendum putaret (11).

c) *Défendre, empêcher, interdire.* — Ubi non est exceptum, ibi necesse est licere (12).

Quorum in foederibus exceptum est, ne quis recipiatur (13).

(1) Philipp. 8. 8.

(2) Philipp. 8. 32.

(3) Balb. 33.

(4) Balb. 33.

(5) Balb. 38.

(6) Balb. 32.

(7) Caec. 1.

(8) Catil. 4. 15.

(9) Dom. 39.

(10) Sen. 9.

(11) Inv. 131.

(12) Balb. 32.

(13) Balb. 32.

Neque Camertium foedere esse exceptum, quo minus praemia tribuerentur (1).

Non exceperas, ut.... ne esset rogatum (2).

Quae lex non modo eum sed etiam conlegas eius, cognatos, adfinis excipit, ne (3).

Excipitur hac lege non adulescentia, non legitimum aliquod impedimentum, non potestas, non magistratus (4).

Reus denique, quo minus Xvir fieri possit, non excipitur (5).

Cneius Pompeius excipitur, ne.... Xvir possit (6).

Lege excipiuntur tabulae publicanorum, quo minus (7).

3° *Retirer de pour tirer à soi.* — C'est encore une acception dérivée. Elle est fréquemment employée pour désigner : s'attirer quelque chose, recevoir, recueillir, supporter, endurer.

Eius copias acerrimumque impetum moenibus.... exceperunt (8).

Omnium tela excipiat (9).

(1) Balb. 47.

(2) Dom. 106.

(3) Leg. agr. 2. 21.

(4) Leg. agr. 2. 24.

(5) Leg. agr. 2. 24.

(6) Leg. agr. 2. 24.

(7) Uerr. 2. 187.

(8) Uerr. 2. 159.

(9) Uerr. 2. 177.

- Cicatrices... adverso corpore exceptas (1).
 Excipitur ab omnibus eius modi clamore, ut (2).
 Ut filiorum suorum postremum spiritum ore excipere liceret (3).
 Qui locus hanc virtutem excipiat (4).
 Quae terra hunc virum exceperit (5).
 Vulnera esse excipienda (6).
 Quod exciperent improbi cives (7).
 Vitam eius et virtutem immortalitas excepissee dicatur (8).
 Nihil citius excipitur (9).
 Cum in me... illa flamma... coniciebatur, excepi (10).
 Me.. omnia tela... excipere unum (11).
 Quamvis excipere fortunam (12).
 Vim improborum..... excepi meo corpore (13).
 Vim omnium sceleratorum acerbitas mei casus exceperat (14).

- (1) Uerr. 5. 3.
 (2) Uerr. 5. 94.
 (3) Uerr. 5. 118.
 (4) Milo. 101.
 (5) Milo. 105.
 (6) Sest. 23.
 (7) Sest. 102.
 (8) Sest. 143.
 (9) Planc. 57.
 (10) Har. resp. 45.
 (11) Prov. cons. 23.
 (12) Prov. cons. 41.
 (13) Dom. 63.
 (14) Dom. 64.

Cum tuum... impetum meo corpore excepi (1).

Legiones conscripsit novas, excepit veteres (2).

Ille onera multorum huius amicorum excepit
unus (3).

Hanc vim frigorum..... excipere (4).

Qui rumores Africanos exciperent (5).

Hunc excepisse sanguinem patera (6).

Cum labores etiam magnos excepisset (7).

Cum ipsius rei gestae expositio magnam excipit
offensionem (8).

Ad excipiendas eorum (hominum) voluntates (9).

4^o *Prendre, saisir*. — A la base de ces diverses significations se trouve l'idée de : prendre, saisir.

Ex Hispania fugientis se excepisse (10).

Qui fugientis exciperet (11).

Qui excipiat eos (12).

Me quaestorem excepit annus (13).

Hunc in illo timore et fuga Tigranes... excepit (14).

(1) Dom. 76.

(2) Phil. 11. 27.

(3) Rab. Post. 41.

(4) Rab. Post. 42.

(5) Deiot. 25.

(6) Bru. 43.

(7) Bru. 243.

(8) Inv. 1. 30.

(9) De Orat. 2. 32.

(10) Uerr. 5. 151.

(11) Catil. 3. 8.

(12) Sext. Rosc. 151.

(13) Bru. 318.

(14) Imp. Pomp. 23.

Telles sont les significations diverses du verbe *excipere* dans Cicéron.

Une première remarque à leur sujet est que sous ces sens divers on découvre toujours le sens étymologique *ex-capere* extraire de. Les autres significations ne sont que des précisions de ce sens originaire.

Celles-ci font ressortir l'idée d'exclusion. Exclure, stipuler par voie d'exclusion sont des acceptions dérivées.

Elles font apparaître aussi l'idée d'endurer, supporter. C'est un être passif, qui tantôt exclut une atteinte dirigée contre lui, tantôt la supporte (1).

Mais le sens qui l'emportera plus tard sera celui de défendre, interdire. Il absorbera les autres significations et s'appliquera, particulièrement à l'époque classique, à celui qui invoque une exception. Le défendeur empêche en effet, exclut, paralyse la réalisation du droit du demandeur, grâce à l'exception, qui n'est plus moyen de défense.

Cependant il ne faut pas croire que l'idée d'empêcher élimine les autres sens. Nous constatons un phénomène connu dans l'histoire des langues : un mot, en s'écartant de son sens étymologique, acquiert des sens nou-

(1) A propos de Cicéron, nous signalons encore un passage, qui se trouve dans *Fragmenta poetarum romanorum*, éd. Baehrens, p. 310 :

*Sic me ipse viduus pestis excipio anxias,
Amore mortis terminum anquirens mali.*

Ces deux vers, tirés de : *ex Graecis controversa* ; *ex Aeschilo*, vers 22-23, impliquent l'idée de supporter.

veaux, qui se maintiennent parfois, mais sans nuire à l'acception prédominante. Tous s'ajoutent, sans s'exclure nécessairement les uns après les autres.

SECTION II. — Conséquences.

Cette étude philologique de *exceptio-excipere* éclaire le texte du *De Oratore* et le fait voir sous un jour très intéressant. Elle est la base à des considérations nouvelles sur la notion de l'*exceptio* dans le très ancien droit romain. Pour les exposer avec ordre et méthode, nous étudierons successivement :

- 1° Nature et caractères de l'action engagée ;
- 2° Place de l'*exceptio cuius pecuniae dies fuit* dans la formule ;
- 3° Rôle de cette *exceptio* ;
- 4° Comparaison de l'*exceptio* du demandeur avec l'*exceptio* du défendeur ;
- 5° Inexactitude de l'opinion courante.

§ 1. — Nature et caractères de l'action engagée.

L'action engagée par le créancier pour obtenir les arrérages de sa rente viagère ne peut être une action *ex stipulatu*.

Sans doute nous trouvons dans Gaius (1) une *praescriptio pro actore : cuius rei dies fuit*, qui s'encastre

(1) Cf. Gaius, *Inst.*, 4, 136.

dans une formule d'action *ex stipulatu* ; mais il faut bien considérer que cette action sanctionne un *incertum*, tandis que dans l'anecdote de Cicéron l'action a pour objet une somme d'argent déterminée. Les termes *cuius pecuniae dies fuit* nous fournissent à cet égard un témoignage décisif.

S'il ne s'agit pas d'une action *ex stipulatu*, l'action visée par l'auteur du *De Oratore* ne peut être que la *condictio certae pecuniae*, réservée spécialement aux réclamations de sommes d'argent déterminées.

Mais nous savons que la *condictio* est une *legis actio*. Elle est même la plus récente des Actions de la loi. Bien que nous ne puissions pas fixer la date de la loi Silia, qui l'a introduite, nous pouvons admettre, conformément à l'opinion courante, qu'elle a dû être créée dans la seconde moitié du VI^e siècle, puisque nous en trouvons des traces dans le théâtre de Plaute (1).

La *legis actio per conductionem* réalisa d'importants progrès dans la procédure romaine. Comme dans la *legis actio sacramenti*, il y avait un pari. La *sponsio* et la *restipulatio tertiae partis* correspondait au dépôt du *sacramentum*. Mais de grands avantages la séparaient de la procédure *per sacramentum*.

D'abord la *legis actio per conductionem* était plus souple. La *sponsio* et la *restipulatio* n'était pas tarifée

(1) Plaute, *Rud.*, 14. *Pers.*, 4, 3, 9. *Curc.*, 4, 2, 10. — Le serment nécessaire, auquel ces passages de Plaute font allusion, est un des traits caractéristiques de cette *legis actio per conductionem*.

comme le montant du *sacramentum*. Elle était graduée suivant l'importance du litige et s'élevait au tiers du montant du litige. Cette somme d'argent, promise réciproquement *in iure* par les plaideurs au moment de l'organisation de l'instance, n'était pas acquise à l'Etat, comme dans la procédure *per sacramentum*. Elle indemnisait la partie triomphante des ennuis du procès que son adversaire, en plaideur téméraire, lui faisait à tort ou l'obligeait à tort de faire.

Ensuite la *legis actio per conductionem* était plus rapide et moins compliquée. Grâce à l'existence du *iusiurandum necessarium*, le demandeur avait la possibilité de finir le procès *in iure*, en déférant au défendeur un serment, par lequel le défendeur éteindra la demande mais qu'il sera obligé de prêter ou de référer, sous peine d'être soumis à l'exécution. De plus la procédure de la *condictio* commençait presque où finissait celle du *sacramentum*, par une sommation de venir prendre un juge dans les trente jours (1).

Enfin le *iudex* de la *condictio* avait de plus larges pouvoirs que celui du *sacramentum*. Examinant la

(1) Cf. Gaius, *Inst.*, 4, 18 ; Girard, *Manuel*², pp. 992. 993. — Dans la procédure *per sacramentum*, une fois le *sacramentum* promis ou versé, on suspendait la procédure et on promettait par *vadimonium* de revenir devant le magistrat au bout de trente jours pour choisir le juge. Le *iudex* nommé et le délai une fois écoulé, les parties se promettaient réciproquement par la *comperendinatio* de se retrouver le surlendemain devant le *iudex*. Ainsi la phase *in iure* du *sacramentum* était incontestablement plus lente que la phase *in iure* de la *condictio*.

sponsio, il recherchait si le demandeur était dans son droit. La vérification du droit du demandeur, comme l'estimation du litige, lui incombait. La *condictio* s'intentait par voie principale, sans exiger une procédure accessoire et complémentaire. Le jugement rendu était une condamnation pécuniaire.

Ainsi cette *legis actio* constitue un sérieux progrès sur les autres Actions de la loi. Mais nous savons d'autre part qu'elle s'est maintenue jusqu'en droit classique, sans subir de changement de nom. La terminologie de *condictio-condicere*, qui signifie : *réclamer, répéter, sommer*, se trouve désigner les mêmes notions à l'époque classique qu'aux autres époques plus anciennes. C'est une constatation qu'il est précieux de noter. Elle est toujours restée avec les deux éléments caractéristiques de cette *legis actio* la *sponsio* et la *restipulatio* puis le *iusiurandum necessarium* (1).

Dès lors la *legis actio per conductionem* nous apparaît comme une procédure de transition entre les anciennes *legis actiones*, dont elle a simplifié les formes, et la procédure formulaire généralisée, vers laquelle elle est un acheminement. Il est même très vraisemblable de suivre la conjecture, émise par Keller et reprise récemment par M. Crémieu, au sujet de l'existence d'une formule dans la *legis actio per conductionem* (2),

(1) Ainsi pour le serment : Ulpien, *Dig.*, 12, 2. *De iure iurando*, 34, pr. et pour la *sponsio* ; Gaius, *Inst.*, 4, 13. 171.

(2) Keller, *Der römische Civilprocess und die Actionen*, 1883, § 18,

Il est tout naturel de supposer en effet qu'elle a pu survivre aux changements postérieurs de la procédure civile romaine parce qu'elle contenait déjà les éléments pratiques, que ces changements ont généralisés (1).

in fine ; Crémieu, *La justice privée*, 1908, p. 173, où l'auteur situe la place qu'occupe la *condictio* dans le développement procédural par rapport à la *legis actio sacramenti* d'une part et à la procédure formulaire postérieure d'autre part. La *condictio* ressemble à la *legis actio sacramenti* par le pari ; le dépôt du *sacramentum* était analogue à la *sponsio* et *restipulatio tertiae partis* ; enfin le *iudex* du *sacramentum* et celui de la *condictio* vérifiaient le fond même du droit du demandeur et la sentence rendue avait pour effet de rendre ce droit certain. D'autre part, la *condictio* se sépare du *sacramentum* et annonce la procédure formulaire postérieure par l'existence d'une formule, qui servait de trait d'union entre la phase *in iure* et la phase *in iudicio* pour fixer la mission confiée au *iudex*, et par l'existence de la condamnation pécuniaire.

(1) Les auteurs, qui le nient, ne voient pourtant dans la *condictio* aucun point de repère, susceptible de marquer en elle à une époque déterminée des caractères différents de ceux qu'elle avait à l'origine. M. Girard (*Manuel* ², pp. 338, n. 1. 492) semble toutefois établir une séparation entre la *condictio* antérieure à la loi *Æbutia* et dépourvue de formule et la *condictio* postérieure à la loi *Æbutia*, du système formulaire. C'est donc à l'apparition de la formule que M. Girard paraît réduire la différence qu'il établit entre la *condictio* d'avant et celle d'après la loi *Æbutia*. Evidemment cette idée est une conséquence de son opinion sur la portée de la loi *Æbutia*. Cette loi, qui aurait introduit pour la première fois la formule dans la procédure civile romaine, l'aurait du même coup apportée à la *condictio*. Cependant nous ne croyons pas que cette distinction soit à faire. Le maintien de la terminologie, la permanence des traits caractéristiques de la *condictio*, l'existence d'une condamnation pécuniaire sont contre la distinction que l'on introduit dans l'histoire de la *condictio*. La formule de la *condictio* est contemporaine de la création de la *condictio* elle-même. Il n'y a pas de trace d'un changement quelconque depuis ses origines. Et si la *condictio* s'est maintenue, c'est que, plus souple, plus simple et plus rapide que les autres Actions de la loi, elle avait de grands avantages pratiques, qui l'ont mise à l'abri de la nécessité d'être modifiée.

L'hypothèse, qu'il existait dès les origines une formule dans la *condictio*, n'a donc rien d'arbitraire. Cette formule guidait l'activité du *iudex*, fixait l'étendue de ses pouvoirs, incontestablement très larges, en même temps qu'elle le renseignait sur les questions à résoudre. Mais le programme de la *condictio* différait de celui de l'*arbitrium liti aestimandae*. Tandis que dans l'*arbitrium*, procédure accessoire et complémentaire, le *iudex* devait estimer en argent le droit du demandeur précédemment reconnu *per sacramentum*, dans la *condictio* le *iudex* avait la double mission de vérifier le droit du demandeur et de le liquider en argent (1). Par conséquent le programme de la *condictio*, à la différence de celui de l'*arbitrium*, saisissait le *iudex* de la question litigieuse elle-même. Le *iudex* devait alors prononcer une condamnation pécuniaire contre celle des parties, qu'il aurait lui-même reconnue mal fondée dans ses prétentions.

Le programme de la *condictio* comportait-il une clause d'absolution ? Nous le croyons : une pareille clause étant le corollaire du pouvoir d'examiner au fond l'existence du droit litigieux du demandeur. D'ailleurs elle existe dans la *condictio* de l'époque classique (2), or il n'y a pas d'indice qu'il ait pu en être autrement à l'origine.

(1) Cf. Crémieu, *op. cit.*, p. 169, et Baron, *Zur l. a. per iudicis postulationem und per conductionem*, p. 46.

(2) Cf. Gaius, *Inst.*, 4, 41.50.

Ainsi, dans le texte du *De Oratore*, l'action engagée par le créancier était la *condictio certae pecuniae* et l'existence d'une formule, pour saisir le *iudex* des débats produits *in iure*, n'a rien que de très vraisemblable.

§ 2. — Place de l'*exceptio cuius pecuniae dies fuit*
dans la formule de la *condictio*.

Il est tout simple de trouver la place qu'occupait dans la formule l'*exceptio* réservée au demandeur, que nous signale Cicéron.

La clause *cuius pecuniae dies fuit* nous sert elle-même de guide. Elle constitue une proposition relative, commençant par *cuius*. Le substantif *pecuniae* n'est qu'une apposition au pronom relatif *cuius*. Or l'antécédent de ce pronom relatif ne peut exister que dans la proposition précédente, qui précisément était l'*intentio*, clause introductrice de la formule.

Le demandeur exposait sa réclamation par l'*intentio* et ajoutait à cette *intentio* les mots *cuius pecuniae dies fuit*. Par conséquent cette *exceptio* n'était que le démembrement de l'*intentio* elle-même.

La formule pourrait être reconstituée de cette manière :

Si paret N^m N^m A^o A^o sestertium decem milia dare oportere, *cuius pecuniae dies fuit*, iudex, N^m N^m A^o A^o sestertium decem milia condemnna, si non paret absolve.

§ 3. — Rôle de l'*exceptio* : *cuius pecuniae dies fuit*.

La place même de l'*exceptio* dans la formule de la *condictio certae pecuniae* nous indique, à l'aide de l'étude terminologique de *excipere*, le rôle de l'*exceptio* du demandeur.

Le demandeur, en exposant ses prétentions dans l'*intentio*, retirait, extrayait ce qui était échu. Il ôtait, enlevait de l'*intentio* les arrérages échus.

Et alors il conservait par l'*intentio* son droit intact aux arrérages à venir, une fois qu'ils viendraient à l'échéance. L'*intentio* lui servait en quelque sorte de base pour les réclamations ultérieures : elle lui ménageait l'exercice de nouveaux recours. Le demandeur n'en avait extrait que juste ce qu'il fallait pour désigner l'objet actuel du procès. Il ne prenait de l'*intentio* qu'une partie seulement pour ne produire en justice que ce qui était échu.

§ 4. — Comparaison entre l'*exceptio* du demandeur et l'*exceptio* du défendeur aux temps des Actions de la loi.

Cette *exceptio* du demandeur, dont le rôle était si important, ne ressemblait guère à l'*exceptio* du défendeur, dont nous avons démontré l'existence par l'argument du schéma de la formule.

L'*exceptio* du demandeur était une partie de l'*intentio*. Le pronom relatif *cuius* le montre. Au contraire

l'*exceptio* du défendeur, dont l'ancienneté a été établie (1), est distincte de l'*intentio*. Sans doute cette exception fait bien, elle aussi, partie de la formule ; mais elle est un élément, qui tire de lui-même sa force et sa place. L'exception du défendeur constitue une proposition, non pas relative, dépendante de l'*intentio*, mais conditionnelle, commençant par *si* et juxtaposée à la proposition conditionnelle : *si paret*. La formule qui la renferme est ainsi conçue :

Si paret N^m N^m A^o A^o sestertium decem milia dare oportere, *si in ea re nihil dolo malo* Aⁱ Aⁱ *factum sit neque fiat*, iudex, N^m N^m A^o A^o sestertium decem milia condemna, si non paret absolve.

Mais si l'on examine de près cette exception du défendeur, la différence avec l'exception du demandeur n'est qu'une différence de forme. Au fond, toutes deux occupent la même place dans la formule et se trouvent situées après l'*intentio* et avant la clause de condamnation. Qu'il y ait un relatif dans l'une et une conjonction *si* dans l'autre, la différence n'est pas grande et en tout cas ne doit pas faire perdre de vue la place de ces deux *exceptiones* dans la formule.

Or le terme *exceptio* avait un sens suffisamment large pour s'appliquer au demandeur comme au défendeur. Le défendeur, en effet, sortait de l'*intentio* du deman-

(1) Cf. *suprà*, chap. II, pp. 46-66.

deur une circonstance distincte, particulière. Il se basait sur le droit incontestable du demandeur, émis dans l'*intentio*, pour prétendre que malgré cela il en tirait à son profit une circonstance, digne de le faire échapper à la condamnation, demandée contre lui. Et cette circonstance était indiquée dans la formule après l'*intentio* et sous une forme conditionnelle, distincte de la condition renfermant l'*intentio*. De même le demandeur *excipiebat*, retirait de l'*intentio* une partie de cette même *intentio* pour en faire l'objet du procès actuel et conserver intact pour l'avenir son droit.

§ 5. — Inexactitude de l'opinion courante.

Cet exposé de notre doctrine nous permet de souligner mieux encore les inexactitudes de l'opinion courante.

Il était couramment admis que l'*exceptio* avait comme fonction exclusive d'être un moyen de défense, réservé au défendeur. Quant au moyen du demandeur de restreindre un droit susceptible de s'exercer à plusieurs échéances successives et d'écarter du débat présent ce qui n'était pas encore échu, l'opinion courante l'appelait une *praescriptio pro actore*.

C'était se baser exclusivement sur le droit de l'époque classique, où Gaius nous décrit les *exceptiones* comme étant de son temps des moyens de défense et les *praescriptiones pro actore* comme étant des réserves

du demandeur, en usage à son époque. D'où la profonde différence signalée par les auteurs modernes entre la *praescriptio pro actore* et l'*exceptio*.

Et c'est pourquoi les auteurs, qui ont visé notre passage du *De Oratore*, ne pouvaient concevoir l'*exceptio : cuius pecuniae dies fuit* que comme une *praescriptio pro actore*. Ils s'essayaient de leur mieux à démontrer que cette *exceptio* était une *praescriptio pro actore*, pour mettre d'accord leurs conceptions, basées sur les Institutes de Gaius avec ce témoignage de l'époque de Cicéron, singulièrement déconcertant pour eux.

Nous préférons considérer le texte du *De Oratore* en lui-même et sans nourrir l'idée préconçue qu'il témoigne, au temps de Cicéron, sur le droit de l'époque de Gaius. Nous avons découvert l'existence d'une *vetus atque usitata exceptio* réservée au demandeur. L'étude philologique de *exceptio-excipere* nous a permis de lever un coin du voile qui nous empêchait de suivre le développement de l'*exceptio* à travers le droit romain. Du coup, nous avons aperçu la physionomie de cette institution qui, en s'appliquant au demandeur et au défendeur avec des fonctions juridiques différentes, était appelée du même mot : *exceptio*.

En résumé, nous trouvons dans l'*exceptio vetus atque usitata*, c'est-à-dire au temps des Actions de la loi et à l'époque de Cicéron, par conséquent avant et après la date fixée par M. Girard pour la loi *Æbutia* (605-628),

une notion englobant dans un seul terme l'exception classique du défendeur et la *praescriptio pro actore* de plus tard.

Mais rien n'indique, au contraire, que cette *exceptio*, la source du développement des restrictions du demandeur et des objections du défendeur, a été écrite. Incluse dans la formule, faisant corps avec l'*intentio* ou bien s'en distinguant en la suivant immédiatement, suivant qu'elle s'appliquait au demandeur ou au défendeur, l'*exceptio* pouvait être orale comme la formule elle-même. Au début, alors que l'écriture était peu répandue, l'*exceptio* pouvait être orale comme la procédure des Actions de la loi. Son nom n'implique absolument pas l'idée d'écriture.

LIVRE II

DÉDOUBLEMENT DE L'EXCEPTIO. APPARITION DE LA PRAESCRIPTIO PRO ACTORE

Les *exceptiones* existaient sous les Actions de la loi pour le défendeur et pour le demandeur ; elles constituaient l'objet d'une clause, toujours située dans la formule entre l'*intentio* et la clause de condamnation.

Celles du défendeur se retrouvent plus tard à l'époque classique, à la même place, où elles créent, depuis l'addition de la clause *si non paret absolve*, une anomalie due à leur survivance dans le cadre de la formule, remanié postérieurement.

Celles du demandeur, au contraire, sont appelées à l'époque de Gaius (1) *praescriptiones pro actore* et présentées comme un élément de la *demonstratio*. L'apparition d'un nom nouveau et ce changement de place doivent avoir leur raison d'être.

L'opinion courante n'a pas examiné cette évolution. Elle admet que l'expression *praescriptio pro actore* désigne une clause écrite en tête de la formule et prouve par là même le caractère écrit de la formule. Nous ne

(1) Gaius, *Inst.*, 4, 136. 137.

pensons pas que le problème puisse être aussi facilement résolu. La transformation de l'*exceptio* du demandeur en *praescriptio pro actore* embrasse en réalité trois questions qu'il faut étudier dans toute leur ampleur : d'abord la question du caractère écrit ou oral de la formule ; ensuite celle de la date vers laquelle la *demonstratio* a pu apparaître dans la formule ; enfin celle de la signification de *praescriptio-praescribere* envisagée du côté du demandeur, ainsi que celle de l'époque à laquelle elle fut accueillie dans la *demonstratio*.

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRE ÉCRIT OU ORAL DE LA FORMULE

A partir du moment où nous croyons pouvoir établir l'existence de la formule dans la procédure romaine, nous devons nous demander quel était le caractère — écrit ou oral — de la formule. A vrai dire, cette question n'avait pas été envisagée avant ces vingt dernières années. Ce n'est que depuis une date, assez rapprochée de nous, qu'elle a fourni matière à un débat approfondi entre les romanistes allemands.

Le silence gardé si longtemps sur ce problème, de même que les discussions qu'il a soulevées depuis peu de temps et qui sont devenues presque aussitôt très animées, s'expliquent par des raisons historiques, dont il faut tracer un exposé dans ses lignes essentielles, avant de pénétrer plus avant au fond même de la question.

I. — EXPOSÉ HISTORIQUE SOMMAIRE DE LA QUESTION.

Keller (1) a émis des considérations sur la *litis con-*

(1) Keller, *Ueber Litiscontestation und Urtheil*, 1827, p. 4 : *Die formula, ein vom Prätor erlassenes schriftliches Instrument. — Der römische Zivilprozess*, § 23. C'est Keller qui, le premier, a jeté les bases de ce que Schlossmann appelle le dogme de la formule écrite.

testatio (1) et le caractère de la formule, que l'on a tenues par la suite, et en particulier dans la science française, pour définitives.

(1) La prise à témoins, la *litis contestatio*, est intimement liée dans la procédure formulaire à la délivrance de la formule. Ses rapports avec la formule ont fait l'objet de nombreux travaux. Les principaux systèmes émis à ce sujet sont les suivants :

Keller (*Litiscont.*) admet que la *litis contestatio* a lieu quand le magistrat délivre par écrit la formule au demandeur. Le *iudicium* est *acceptum* par le demandeur du magistrat. Cette doctrine est la plus répandue ; elle a été dernièrement soutenue par Hoelder (*Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 197-237).

Wlassak (*Litiscontestatio im Formularprocess*, 1889), un spécialiste de la procédure romaine, à qui la science contemporaine doit bon nombre de solutions, a proposé un autre système. Pour cet auteur, la formule écrite a remplacé la formule orale des Actions de la loi. Cette formule est délivrée par le préteur au demandeur. La *litis contestatio* est une sorte de contrat bilatéral : le demandeur, après avoir reçu du préteur la formule écrite, se tournait vers le défendeur soit pour lui remettre une copie de la formule, soit pour lui dicter le texte de la formule, soit enfin pour lui désigner sur l'album la formule. Ici le *iudicium* est alors *acceptum* par le défendeur du demandeur. — Cette doctrine plus récente a recueilli l'adhésion de plusieurs auteurs. Cf. notamment : Lenel, *Z. S. St.*, 15, 1894, pp. 374-392. *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 329-343 ; Wenger, *Zur Lehre von der actio iudicati*, 1901, pp. 123-124 ; Schott, *Römischer Zivilprozess und moderne Rechtswissenschaft*, 1904, pp. 57-77 ; Pauly-Wissowa, 5, 2, 1905, *v^o Editio* ; Koschaker, *Translatio iudicii*, 1905, pp. 4-6 ; Girard, *Manuel*², p. 1011.

Lenel (*Z. S. St.*, 15, 1894, *loc. cit.*) ajoute que l'acte du demandeur consiste toujours à dicter la formule au défendeur. Le *scriba* fixait par écrit la formule ; le préteur la remettait au demandeur, qui la dictait ensuite au défendeur.

Kübler (*Z. S. St.*, 16, 1895, pp. 179 et ss.), qui, le premier, a élevé des doutes sur le caractère écrit de la formule, présente ainsi la *litis contestatio* : à la fin du débat *in iure*, le magistrat se lève ; les parties prennent à témoin les assistants et le préteur énonce solennellement la formule.

Trampedach (*Z. S. St.*, 18, 1897, pp. 135-145) défend l'opinion de

Au temps des Actions de la loi, la procédure devant le magistrat était purement orale. Il y avait alors besoin, pour procurer au *iudex* la connaissance du contenu des débats passés *in iure*, sur lesquels il avait à se prononcer, de quelque institution destinée à prouver au *iudex* l'existence et le sens de la discussion établie devant le préteur. Les témoins étaient tout désignés pour ce faire. Sommés par les parties de témoigner devant le *iudex* sur ce qu'ils avaient entendu *in*

Keller, combat celle de Lenel et croit qu'il n'y a pas de la part du défendeur un *iudicium accipere* formel. Ce *iudicium accipere* résulterait implicitement de la coopération du défendeur dans la rédaction de la formule. Le préteur, reconnaissant exacte la formule, la fixerait dans ses termes essentiels avec les parties.

Schlossman (*Litis contestatio*, 1905, pp. 188-192), en attaquant avec vigueur le dogme de la formule écrite, prétend que la procédure formulaire, soit *in iure* soit *in iudicio*, ne se passe pas comme les auteurs se le figurent depuis les ouvrages de Keller et de Wlassak. D'après lui, la formule était orale. Le préteur l'arrête avec les parties. La nomination du *iudex* a lieu. La phase *in iure* est terminée. Mais, immédiatement après la phase *in iure*, vient la phase *in iudicio*. Devant le *iudex* le demandeur procède au *dictare iudicium*, qui est l'expression orale de la formule. Ensuite le défendeur, par le *iudicium accipere*, répète oralement la formule. Puis les parties somment les témoins de revenir pour la suite de la procédure. Après ces formalités, la procédure *in iudicio* était en effet ajournée ordinairement, sous la garantie de cautions. Le jugement intervenait plus tard. — Ainsi pour Schlossmann la *litis contestatio* se produisait *in iudicio*, contrairement à toutes les opinions précédentes, qui la regardent comme une solennité de la phase *in iure* du procès. Cf. en outre sur la *litis contestatio* : Bekker, *Processualische Consumption*, 1853 ; P. Krueger, *Processualische Consumption*, 1864 ; Gradenwitz, *Aus römischem und bürgerlichem Recht*, 1907, pp. 383-410 et la thèse de Hans Buss, *Die Form der Litiscontestatio im klassischen römischen Recht*, 1907.

iure, ils comparaissaient et devaient rester jusqu'à la fin du débat. C'était la *litis contestatio*.

En procédure formulaire, la formule écrite, contenant le résultat de toute la discussion produite *in iure* et délivrée par le magistrat au demandeur, qui la représentait au *iudex*, était un moyen parfaitement suffisant pour mettre le juge au courant de la question à résoudre. La *litis contestatio* changeait alors de caractère ; elle n'avait plus pour fonction exclusive de renseigner le *iudex* sur les phases de la procédure précédente ; elle marquait la fin de la phase *in iure* du procès et coïncidait avec la délivrance de la formule par le préteur.

Cette doctrine a conquis aussitôt, à cause de sa simplicité si convaincante, la confiance des historiens et est demeurée presque jusqu'à nos jours sans contradiction. C'est elle qui a jeté les bases du dogme de la formule écrite.

Bethmann-Hollweg (1), sans rechercher le fondement de la doctrine de Keller, développe au contraire l'idée de Keller et caractérise la formule comme un « morceau d'écrit de quelques lignes ».

Wlassak, imbu de la doctrine traditionnelle, regarde

(1) Bethmann-Hollweg, *Der römische Zivilprozess*, 2, p. 189 : « Die formula — in diesem kleinen Schriftstück von wenigen Zeilen » ; p. 192 : « Das kleine Schriftstück, wie wir soeben die Formula nannten, war ziemlich das einzige in dem ganzen Prozess ». — On ne saurait associer plus étroitement l'idée d'écriture et l'idée de formule.

la formule écrite comme une vérité définitivement acquise et se base sur elle pour émettre au sujet de la *litis contestatio* (1) des opinions tout à fait neuves et originales. Ainsi la formule apparaissait comme un écrit délivré par le préteur ; elle remplaçait les formules orales des Actions de la loi.

C'est encore ce que confirme, en 1893, M. Girard (2), qui prétend que la procédure formulaire, inaugurée par la loi *Æbutia*, en concourant avec les *legis actiones*, a réalisé la substitution de l'écriture aux paroles.

Mais aucune preuve à l'appui de cette affirmation n'était donnée. Les auteurs jugeaient inutile de prouver une théorie, émise par le célèbre Keller et admise unanimement. Cependant, depuis 1895, la question entre dans une voie nouvelle, à la suite des doutes émis pour

(1) Wlassak (*Die Litiscontestatio im Formularprocess*, 1889) ne se représente pas la formule autrement qu'un document nécessairement écrit. Au sujet de la *litis contestatio*, l'auteur a montré que la *litis contestatio* était l'expression du concours de volontés, nécessaire pour la liaison du procès formulaire. Elle résulterait d'un accord des parties, c'est-à-dire de l'acceptation par le défendeur de la formule que le demandeur l'invite à accepter.

(2) P. F. Girard (*Mél. de dr. rom.*, 1, 1912, pp. 111. 162), dans ses savantes études sur la date de la loi *Æbutia*, remarque incidemment que cette apparition de l'écriture dans la procédure civile romaine, due à la loi *Æbutia* (603-628), se concilierait avec le mouvement qui a fait établir le vote écrit dans les comices électoraux en 615/139, dans les comices judiciaires en 617-137 et dans les comices législatifs en 623/131. Nous ne croyons pas pourtant que le raisonnement analogique puisse être employé ici. D'ailleurs le caractère écrit de la formule est une question indépendante de la portée de la loi *Æbutia*.

la première fois par Kübler (1) sur le caractère écrit de la formule. Cet auteur ne s'élève pas, à vrai dire, contre l'idée de la littéralité de la formule ; il rejette seulement l'idée d'une formule délivrée par le préteur sous la forme d'un écrit et soutient que la formule, délivrée oralement par le magistrat, a pu être fixée par écrit, mais par les plaideurs.

Erman (2) est le premier auteur qui ait voulu chercher une justification de la doctrine traditionnelle sur la formule écrite.

Trampedach (3) réfute aussitôt ses arguments et démontre que la formule au début était orale comme la *legis actio*, puis insensiblement, à cause des avantages

(1) Kübler (*Z. S. St.*, 16, 1895, p. 179 et ss.) s'élève contre cette affirmation, sans cesse répétée dans les manuels de droit romain, que la formule est un écrit officiellement délivré par le préteur. Ses arguments sont au nombre de quatre : d'abord aucun texte ne mentionne les *tabulae iudicii* ; ensuite les mots *editis formulis* (Gaius, *Inst.*, 4, 141) s'entendent d'une formule aussi bien orale qu'écrite ; en outre les *praescriptiones* (Gaius, *Inst.*, 4, 131-133) se comprennent d'écrits en tête d'une esquisse de formule rédigée par les parties ; enfin les *tabulae*, citées par Macrobe (*Sat.*, 3, 16, 15), sont de simples documents probatoires.

(2) Erman (*Z. S. St.*, 17, 1896, p. 334 et ss.) entreprend la démonstration de l'idée que la formule est nécessairement écrite à propos d'un passage d'Horace (*Sat.*, 2, 1, 82-86) où les *tabulae* visées seraient des *tabulae iudicii*, renfermant une formule écrite. C'est une réponse à Kübler.

(3) Trampedach (*Z. S. St.*, 18, 1897, p. 135 et ss.) reprend l'idée de Kübler et l'approuve. La formule est orale. Les parties l'ont fixée par écrit peu à peu. — L'auteur critique l'opinion qui admet la délivrance de la formule par le préteur sous forme d'un écrit, analyse le passage de Gaius (*Inst.*, 4, 30) et donne une autre explication que Erman du texte d'Horace sur les *tabulae*.

pratiques de l'écriture, est devenue écrite. Les parties rédigeaient le programme du procès, arrêté par le préteur dans sa teneur essentielle et soumis au *iudex* : l'écriture suppléait aux défaillances de mémoires des plaideurs et faisait connaître au *iudex* exactement la question à résoudre. Les conclusions de l'auteur sont analogues à celles de Kübler.

Partsch incline en faveur (1) d'une formule écrite, tandis que Krüger (2) et surtout Schlossmann (3) combattent l'opinion traditionnelle. Schlossmann notamment, après un examen des divers arguments présentés en faveur de la formule écrite, n'admet la formule que comme une parole du préteur. L'opinion communément admise n'a aucun fondement, et si elle s'est

(1) Partsch, *Die Schriftformel im röm. Provinzialprozesse*, Inaug. Dissert., 1905, se déclare partisan de la formule écrite.

(2) H. Krüger (*Z. S. St.*, 26, 1905, p. 543 et ss.) prétend que la formule est orale et que *praescribere*, *praescriptio* ne préjuge pas nécessairement du caractère écrit de la formule. Ces termes signifieraient : limiter. Or une limitation peut être orale. En tout cas la formule peut être orale, du moment que *praescriptio* ne désigne pas un écrit placé en tête de la formule.

(3) Schlossmann à deux reprises combat l'idée d'une formule nécessairement écrite et soutient l'oralité de la formule. (Cf. *Litis contestatio*, 1905, p. 28 et ss. ; *Praescriptiones und Praescripta verba*, 1907). Ainsi depuis Kübler la question est devenue presque chaque année l'objet de discussions entre les romanistes étrangers. En France il semble que l'on se soit peu occupé du caractère écrit ou oral de la formule. La portée et la date de la loi *Æbutia* ont surtout intéressé les auteurs. Cf. en outre des auteurs déjà cités, sur le caractère de la formule présentée sans discussion comme écrit : Cuq, *Institutions*, II, 1902, pp. 712. 731. 742 ; Arangio-Ruiz, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, 1912, p. 55.

maintenue si longtemps, cela tient uniquement à ce qu'elle n'a jamais été attaquée. Le nom, l'autorité de Keller, la force d'inertie avaient paralysé pour ainsi dire l'esprit critique. Mais, une fois éveillé par les doutes de Kübler, celui-ci n'a pas de peine à faire ressortir l'absence de raisons sérieuses pour croire à la formule écrite.

En somme, il résulte de cet exposé historique de la question que, depuis Kübler, la notion de la formule écrite, jusque-là considérée comme certaine et indiscutable, a été éprouvée à la critique récente de plusieurs auteurs. Et il s'est formé aussitôt deux opinions : l'une prétendant maintenir la tradition et la formule écrite, l'autre pénétrant au fond de la doctrine généralement reconnue et démontrant qu'aucune raison précise n'existait pour reconnaître la substitution de la formule écrite à la formule orale, la seule en vigueur.

De ces discussions, qui nous fournissent les éléments sur lesquels se basent les auteurs récents, nous pouvons dégager une idée générale, en examinant les arguments produits par les deux écoles opposées. Pour mener à bien cette étude, nous nous efforcerons de nous défier de tout esprit préconçu et d'apprécier avec impartialité les idées déjà émises. Nous n'introduirons aucun texte nouveau, sauf pourtant un texte de Cicéron à Trébatius (1), qui, à notre connaissance, n'a jamais été versé

(1) Cicéron, *Ep. ad fam.*, lib. VII, ep. XVIII, § 2 (éd. Orelli et Baiter).

aux débats. Enfin nous procéderons en suivant, autant que possible, l'ordre chronologique, dans lequel se sont succédés les témoignages.

Tout d'abord nous pouvons examiner la période antérieure à Cicéron, puis nous étudierons l'époque postérieure.

II. — ETUDE DE LA QUESTION AU FOND.

1° *Période antérieure à Cicéron.* — Les témoignages que nous possédons comme se rapportant aux époques précédant celle de Cicéron sont au nombre de trois seulement. Les renseignements qu'ils sont susceptibles de fournir ne sont pas favorables à l'idée de formule écrite et ne nous autorisent point à en présupposer l'existence.

De ces trois textes : deux sont littéraires, un est juridique.

1° *Textes littéraires.* — Le premier témoignage a trait aux expressions : *dicam scribere*, *subscribere* ; le second concerne le mot : *tabulae*.

a) *Dicam scribere*, *subscribere.* — Les plus anciens textes que nous possédions sont ceux de Plaute et de Térence sur les expressions caractéristiques : *dicam scribere*, *subscribere*, qui pourraient être, à première vue tout au moins, une allusion à une formule écrite dans la procédure romaine.

Mais nous savons que ces poètes prennent dans le

théâtre grec bon nombre de leurs inspirations (1). Les pièces grecques, qu'ils imitent, se rattachent au cycle de la comédie nouvelle qui florissait vers la fin du iv^e siècle et dans la première moitié du iii^e siècle avant Jésus-Christ (336-250). Et Plaute, comme Térence, ne se contentent pas d'y puiser le sujet de leurs comédies, ils suivent parfois les modèles grecs, jusqu'à ne pas hésiter à les adapter sur certains points ou même à les traduire mot à mot sur d'autres.

Nous avons précisé dans les termes : *dicam scribere, subscribere*, une preuve de cette imitation servile du grec (2). Le substantif : *dica* est la transcription

(1) Ces auteurs suivent des modèles grecs qu'ils traduisent littéralement ou qu'ils adaptent, non sans y intercaler des additions de leur cru ; et l'on ne peut guère déterminer *a priori* où commencent et où finissent la traduction, l'adaptation et l'invention originale. Cf. Girard, *N. R. H.*, XVII, 1893, pp. 795-796 ; Partsch, *Römisches und griechisches Recht in Plautus Persa*, *Hermes*, XXV, 1910, pp. 595-614 ; Duquesne, *N. R. H.*, XXXV, 1911, pp. 575-576, et surtout Huvelin, *Etudes sur le Furtum dans le très ancien droit romain*, I, 1915, pp. 133-237, qui trace la méthode d'interprétation de ces témoignages littéraires, contenant des allusions juridiques, et l'applique aux textes visant le *furtum*. Pour cet auteur, il faut entreprendre trois sortes de démarches, quand l'on veut déterminer si une institution, notée par ces poètes, est grecque ou romaine : d'abord étude du motif juridique dans le milieu où a vu le jour l'original grec de la pièce romaine ; ensuite étude du même motif dans le droit romain du temps où a paru la copie, enfin comparaison des résultats obtenus et conclusion (Cf. *op. cit.*, p. 136 et ss.).

(2) Sur cette expression, consult. Kipp, *Die Litisdenunziation als Prozessleitungsform im römischen Civilprozess*, 1887, p. 152 et ss. ; Schlossmann, *Litis contestatio*, 1905, p. 36 ; Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, 1908, p. 21, n. 55 ; Fliniaux, *La dicarum scriptio et deux papyrus égyptiens de l'époque ptolémaïque*,

littérale du nom grec : *δίκη* désignant l'action. L'expression : *scribere* (*dicam*, *actionem*), qui n'est pas latine, est la transcription mot pour mot de l'expression grecque : *γράφειν τινὶ δίκην*.

Le dépouillement des textes établit nettement que ces termes s'appliquent toujours à une *δίκη* grecque.

Chez Plaute, en effet, où nous rencontrons deux fois : *dicam scribere*, *subscribere* :

Aulul., 759.760 (4.10.28-29) :

Eucl.

Iam quidem hercle te ad praetorem rapiam et tibi scribam nisi refers. [dicam,

Lyc. Quid tibi ego referam ?

Eucl.

Quod surripuisti meum.

Poenul., 800 :

Cras subscribam homini dicam (1)

nous constatons que le poète, en composant ces deux comédies, a travaillé sur un original grec, où il était question d'une *δίκη κλοπῆς*, sanctionnant le vol par une condamnation au double.

De même chez Térence, où cette expression se retrouve quatre fois, l'auteur du *Phormio* s'est visiblement inspiré de son modèle grec.

N. R. H., XXXIII, 1909, p. 543 ; Leo, *Geschichte der römischen Literatur*, I, p. 24, 1 ; Huvelin, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, *Mélanges Appleton*, pp. 90-91, et *Etudes sur le Furtum*, *déj. cit.*, pp. 192-193.

(1) Ces passages sont cités d'après l'édition Leo, *Plauti comoediae* (Berolini, 1895-1896).

Dans les deux premiers passages :

Phorm., 329 (2.2.15) :

Enumquam iniuriarum audisti mihi scriptam dicam ?

Phorm., 438-439 (2.3.91-92).

Si tu illam attingeris secus quam dignumst liberam,
dicam tibi inpingam grandem.

il s'agit d'une δίκη αἰχίας sanctionnant les coups et blessures.

Dans les deux autres :

Phorm., 127 (1.2.77) :

Ego te cognatum dicam, et tibi scribam dicam.

Phorm., 668 (4.3.63) :

Sescentas proinde scribito iam mihi dicas (1)

le poète vise l'action, qui sanctionne l'obligation d'épouser ou de marier une fille épiclère. Il s'agit là encore d'une δίκη.

Ainsi cette expression : *dicam scribere subscribere* s'applique chez les deux célèbres comiques à des actions d'origine grecque. Les spectateurs romains l'entendaient au sens d'intenter une action contre quelqu'un. Mais ces mots, traduits du grec, ne peuvent donner aucune indication sur l'existence d'une formule écrite, dans la procédure civile romaine, au temps de Plaute

(1) Ces passages de Térence sont cités d'après l'édition Dziatzko, *P. Terenti Afri Comoediae* (Lipsiae, 1884).

et de Térence ; ils concernent le droit grec, mais non le droit romain.

b) *Tabulae*. — Un autre texte littéraire nous est transmis par Macrobe. L'auteur des *Saturnales* nous décrit une scène qui se serait passée au tribunal de Titius, *iudex* dans un procès. L'orateur Gaius Titius joua un rôle important lors de la loi Fannia *sumptuaria* en 593 de Rome. Cette scène, qu'il est malaisé de situer dans le temps (1), peut se placer à la fin du VI^e siècle. Macrobe dit (2) :

Veniunt in comitium. tristes iubent dicere.
quorum negotium est narrant, iudex testes poscit,
ipsum it minctum. ubi rédit, ait se omnia audivisse.
tabulas poscit, litteras inspicit ; vix prae vino
sustinet palpebras. eunt in consilium. ibi haec
oratio : « quid mihi negotii est cum istis nuga-
toribus, quin potius potamus mulsum mixtum
vino Graeco... »

M. Partsch (3) interprète ce texte comme s'il faisait

(1) Cf. Teuffel, *Geschichte der römischen Literatur* ⁵, Leipzig, 1890, I, p. 231. Les indications données sur la biographie de cet orateur sont obscures. La date de la mort de G. Titius est incertaine. Le moment où il a pu jouer le rôle de *iudex* ne peut être précisé. Titius a pu être sénateur après 595 et *iudex* ensuite. Il a prononcé un discours pour la loi Fannia. On ne possède pas de renseignements précis sur sa carrière (Cf. Macrobe, 3, 16, 14 et Cicéron, *Bru.* 167).

(2) Macrobe, *Sal.*, 3, 16, 16, d'après l'édition Eyssenhardt (Lipsiae, 1868).

(3) Partsch, *Die Schriftformel im röm. Provinzialprozesse*, 1905, p. 15.

allusion à la formule écrite. D'après cet auteur, les *tabulae*, demandées par le *iudex*, désignent les tablettes renfermant la formule du procès. Quant aux *litterae*, ce ne peut être que la copie de la formule. Cette copie est remise au *iudex* et, si le juge demande les tablettes, c'est pour confronter l'original avec la copie, avant de rendre sa sentence. D'autre part les mots : *ait se omnia audivisse* indiquent clairement la fin du débat oral : le *iudex* n'a plus à s'occuper que de la formule.

Cependant après Kübler et Bethmann-Hollweg (1), pourtant partisan de la formule écrite, Schlossmann donne à ce texte un commentaire plus naturel et plus vraisemblable (2).

Schlossmann remarque avec raison que, si la formule avait été écrite dès cette époque, le juge ne l'aurait pas demandée à la fin du débat oral, mais bien plutôt au début de la discussion. Bien mieux, ajouterons-nous, le *iudex* devait avoir connaissance de la formule avant tout débat, puisque c'est précisément la formule qui le nomme : *Titius iudex esto*. Les *tabulae*, demandées par le juge au cours de la procédure *in iudicio*, ne peuvent pas être la formule. Quant à la copie de la formule écrite, que M. Partsch aperçoit dans les *litterae*, ce n'est qu'une hypothèse peu probable.

Le passage de Macrobe peut seulement avoir cette

(1) Kübler, *Z. S. St.*, 16. 1895, p. 179 et ss. ; Bethmann-Hollweg, *Der röm. Zivilprozess*, II, p. 599.

(2) Schlossmann, *Praescriptiones und Praescripta verba*, p. 4, n. 1.

signification : après l'arrivée du *iudex* et de son *consilium* au tribunal, les parties exposent leur cause. Ensuite a lieu la discussion relative aux preuves. Le *iudex* appelle les témoins (1), qui sont produits par les parties, et les confronte entre eux. Pendant l'audience des témoins, le *iudex* s'absente, puis dit à son retour, bien qu'il n'ait rien entendu, qu'il a tout entendu. *Ait se omnia audivisse* se rapporte non pas à tout le débat oral, comme le croit M. Partsch, mais à tout ce que les témoins avaient déclaré. Le *iudex* demande aux parties de présenter les documents sur lesquels elles fondent leur réclamation, regarde les écrits présentés, se retire avec le *consilium* pour délibérer, déclare : séance est levée, et propose à ses assesseurs d'aller à l'auberge, au lieu d'entendre les plaideurs qui se disputent.

Ainsi ce texte de Macrobe ne révèle aucun indice en faveur d'une formule écrite. Il concerne des documents probatoires, des écrits produits à l'appui des prétentions des plaideurs, après l'audience des témoins.

2° *Texte juridique.* — Un texte juridique, qui se réfère à une époque antérieure à Cicéron, est un passage de Gaius, IV, 30 :

Itaque per legem Æbutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut

(1) Keller, *Der röm. Zivilprozess*, § 66. Il est curieux que Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, partisan de la formule écrite, interprète le témoignage de Macrobe comme étant une allusion à des documents probatoires.

per concepta verba, id est per formulas (1) litigemus.

L'auteur des *Institutes* rappelle en termes succincts l'histoire de la procédure romaine. Après un court exposé des Actions de la loi, il passe à la procédure formulaire. Et c'est justement ce texte qui est invoqué par les partisans de la formule écrite comme par ceux qui admettent que la loi *Æbutia* a introduit les formules (2).

Nous savons que la formule existait déjà dans certaines *legis actiones* (3), avant la loi *Æbutia*, fixée

(1) Il n'est pas sûr que les mots : *id est per formulas* viennent de la source ordinairement suivie par Gaius. Ces termes ont l'air d'être une addition au texte. Il n'y aurait d'ailleurs rien là d'étonnant : on ne soutient plus aujourd'hui l'unité et l'homogénéité des *Institutes*. Sur ce texte, cf. Girard, *Mél. de dr. rom.*, I, 1912, pp. 69. 115. 161. C'est ce passage notamment qui sert de point de départ à la démonstration de M. Girard sur la date et la portée de la loi *Æbutia*. Cf. en outre : Trampedach, *Z. S. St.*, 18, 1897, p. 138 et ss. ; Schlossmann, *Litis contestatio*, pp. 63-79.

(2) M. Girard (*Mél. de dr. rom.*, pp. 111. 162) admet que l'écriture s'est substituée aux paroles, lorsque la loi *Æbutia*, qui aurait introduit les formules, fut rendue. L'introduction de la formule et l'apparition de l'écriture seraient dues à cette loi. Nous croyons pourtant que la question peut se subdiviser. On pourrait admettre que cette loi a introduit la formule écrite, alors que la formule orale existait déjà. L'existence et le caractère de la formule sont deux questions distinctes. Il est évident qu'elles ont cependant des rapports. Ainsi un témoignage sur l'oralité ou la littéralité de la formule prouve par là même l'existence de la formule. Mais l'inverse n'est pas vrai nécessairement. M. Girard d'ailleurs semble n'attacher guère d'importance au caractère écrit ou oral de la formule. Sa démonstration s'entend du reste aussi bien d'une formule orale que d'une formule écrite.

(3) Nous savons qu'en séparant d'une manière absolue la procédure ordinaire romaine en deux périodes : l'une dominée par les

par M. Girard entre 605-628 de Rome. Mais alors, du moment que la loi *Æbutia* n'a pas inauguré, mais au contraire vulgarisé la procédure par formules, la ques-

Actions de la loi, l'autre caractérisée par le concours des Actions de la loi et de la procédure par formules introduite par la loi *Æbutia*, l'opinion dominante encourt le reproche d'isoler les *legis actiones* de la procédure formulaire postérieure à tel point que l'on ne peut plus apercevoir entre ces deux procédures le raccordement cependant nécessaire. C'est pourquoi il est d'un puissant intérêt de diriger les recherches, concernant l'apparition et le développement de la formule, dans la *legis actio* elle-même. La formule ne peut provenir que du développement interne de la *legis actio*. Or nous avons cru pouvoir établir : 1° l'existence de la formule dans la *legis actio per iudicis postulationem*, exercée dans la forme de l'*arbitrium liti aestimandae* et destinée à obtenir l'évaluation du droit du demandeur, reconnu certain dans la *legis actio sacramenti*. La formule servait de lien à deux instances : l'une *per sacramentum* pour la vérification du droit du demandeur, l'autre *per arbitrium liti aestimandae* pour l'estimation de ce droit (Cf. *suprà*, pp. 27-44) ; 2° l'existence de la formule dans la *legis actio per condictionem*, où la formule soumettait au *iudex* dans une seule et même instance et la question de principe et la question d'évaluation. Le *iudex* rendait une condamnation pécuniaire. La *condictio*, dont on connaît la supériorité par rapport aux autres Actions de la loi, établissait une procédure unique, par formules, pour une partie des actions personnelles les plus employées en matière commerciale, celles portant sur une *certa pecunia* ou sur une *certa res* (Cf. *suprà*, pp. 98-110). — A ces deux étapes du développement de la formule s'en joignit, peut-être depuis la loi *Æbutia*, une troisième. Les actions restant en dehors du champ d'application de la *condictio* (actions personnelles autres que celles portant sur une *certa pecunia* ou sur une *certa res* : actions pénales, par exemple ; puis les actions réelles, Cf. Festus, v° *vindiciae* : XII Tables, 12, 3. Cuénot, *N. R. H.*, 1893, p. 358 et ss.) exigeaient l'exercice compliqué de deux *legis actiones* (*per sacramentum* et *per arbitrium liti aestimandae*). On continua le mouvement, entrepris pour la *condictio*. On réunit les deux instances jusque-là séparées du *sacramentum* et de l'*arbitrium* en une seule instance. Les parties furent dispensées de mettre en mouvement le *sacramentum* initial et le *iudex* eut le pouvoir, précisé dans la formule, non seulement

tion à examiner est celle-ci : a-t-elle au moins introduit la formule écrite en droit romain ?

L'opinion courante, pour mieux différencier encore les Actions de la loi de la procédure formulaire, admet que la loi *Æbutia* a créé, à côté des anciennes *legis actiones*, purement orales, la nouvelle procédure écrite par formules.

Mais, comme le dit avec raison Schlossmann (1),

d'estimer le droit du demandeur, mais encore de vérifier le fond même du procès. Les condamnations furent toutes pécuniaires. La clause d'absolution fut placée dans la formule à la suite de l'ancienne clause de condamnation. L'*arbitrium* n'était plus alors une procédure accessoire et complémentaire à la *l. a. sacramenti* : il devenait autonome. Cette procédure formulaire, généralisée et simplifiée, marque la troisième étape de l'évolution de la formule (Cf. Crémieu, *La justice privée*, p. 173). Cette procédure formulaire nouvelle a donc sa source dans l'*arbitrium*. Des indices nombreux et concordants ont été relevés par mon savant maître M. Huvelin (*Mélanges Gérardin*, pp. 319-354, déjà cit.). Nous croyons pouvoir ajouter une nouvelle considération : la *condictio* n'a pas changé après la loi *Æbutia*, si l'on admet la date de 605-628 pour cette loi. C'est un fait que l'opinion courante ne parvient pas à expliquer à cause de la séparation absolue qu'elle met entre les Actions de la loi et la procédure par formules. Dès lors la procédure simplifiée nouvelle, avec la formule comme fondement, s'appliqua désormais à toutes les actions, qui étaient en dehors du domaine de celles de la *condictio*. Ainsi les Romains n'abolissaient pas les institutions de leurs ancêtres, mais ils créaient un nouveau système procédural, en rapport avec les besoins de leur époque. Ce nouveau système, élaboré lentement, construit morceaux par morceaux, devait en fait supplanter, grâce à la formule, les vieilles *legis actiones* trop compliquées.

(1) *Litis contestatio*, 1905, pp. 32-33. Remarquons en effet que, même si la loi *Æbutia* avait eu simplement pour conséquence de rendre écrite la formule du procès, elle aurait eu un effet considérable. L'apparition de l'écriture daterait de cette loi dans la procédure romaine. Mais cette hypothèse ne trouve aucun appui dans ce texte.

nous aurions trouvé certainement des relations de cette considérable innovation. Or, nous ne trouvons nulle part trace de cette apparition de l'écriture, que l'on prétend attribuer à la loi *Æbutia*.

Le texte de Gaius ne signifie pas du tout que les formules furent écrites depuis la loi *Æbutia*. Si Gaius avait voulu s'exprimer ainsi sur l'originalité de la loi *Æbutia*, à qui les Romains auraient été redevables de leurs formules écrites, il eût déclaré, comme le suggère *Tram-pedach*, *scripta verba* ou encore *in scripturam redacta*, au lieu de dire *concepta verba*.

Cette expression *concepta verba* n'évoque point l'idée d'une écriture quelconque. *Concipere* peut signifier : *arrêter, fixer solidement*. Les formules auraient été fixées. Mais ce n'est pas dans cette acception qu'il faut prendre ce verbe. Les *legis actiones* étaient fixées solidement, puisqu'elles l'étaient par la loi ou par la coutume. A ce point de vue, elles l'étaient mieux encore que les formules. La caractéristique des formules, spécifiée par Gaius, n'en serait pas une.

Concipere a un autre sens : *combinaer, composer*. Nous trouvons justement dans Macrobe (1) l'expression *concipere verba* entendue dans cette acception. Les par-

(1) Macrobe, *Saturn.*, I, 6, 30 : « cum ventum est ad cubiculum, verba iurationis concipit : nullam esse in villa sua scropham » (éd. Eyssenhart, Lipsiae, 1868). Cf. sur la terminologie de *concipere* : Schlossmann, *Litis contestatio*, 1905, pp. 49-63 ; sur l'histoire contée au texte relativement à Tremellius Scropha, Huvelin, *Etudes sur le Furtum*, 1915, op. cit., pp. 299-303.

ties combinaient, composaient avec le préteur la rédaction de la formule. Sans doute l'auteur de la *conceptio* (1) n'est pas indiqué; mais il n'y en a nul besoin pour rendre notre interprétation admissible. Gaius appelle l'attention plutôt sur la combinaison, sur la composition des termes que sur l'auteur de cette combinaison. Et la preuve en est qu'il insiste sur la souplesse de la formule, en la mettant en regard de la rigidité de la *legis actio*. La formule, combinée pour s'adapter à chaque cas concret, rend très bien l'idée de Gaius (2).

Les termes *per concepta verba* ne constituent par conséquent aucun argument, bien au contraire, en faveur de la formule écrite. Si l'on dit couramment que la loi *Æbutia* a introduit dans la procédure, jusqu'alors exclusivement orale, la formule écrite, nous dirons, pour nous servir d'une expression très juste de M. Girard (3), que l'on introduit en réalité dans l'étude de

(1) Schlossmann (*op. cit.*, pp. 68-69) rejette une interprétation semblable à la nôtre, pour cette raison que l'auteur de la *conceptio* n'est pas mentionné dans le texte de Gaius. Mais ce n'est pas une bonne raison. Rappelons d'ailleurs que Gaius ne fait ici qu'un résumé très sommaire des Actions de la loi et de la teneur de la loi *Æbutia*.

(2) A mesure que l'on s'approche de la procédure formulaire généralisée, les *legis actiones*, et notamment la *condictio*, deviennent de moins en moins compliquées et formalistes. Cf. Trampedach, *Z. S. St.*, 18, 1897, p. 139 et ss. — La loi *Æbutia*, si elle est de 605-628, a introduit la procédure formulaire généralisée. C'est la troisième étape de l'évolution de la formule. Sous cette réserve, on peut dire que la loi *Æbutia* a introduit définitivement la procédure par formules. A vrai dire, c'est une extension plutôt qu'une création de la formule.

(3) Girard (*Mél. de dr. rom.*, I, 1912, p. 123 et ss.) met en garde

ces questions certaines habitudes de l'esprit moderne, porté parfois à donner à l'histoire un tour capable de la rendre supportable à nos idées, à nous modernes.

2° *Période datant de Cicéron.* — Avant Cicéron, les textes ne nous donnent aucune indication sur le caractère écrit de la formule. Il y a une bonne raison à cela : ils ne concernent même pas la formule elle-même. À partir de Cicéron, les témoignages, littéraires ou juridiques, deviennent de plus en plus nombreux.

Afin d'éviter des répétitions et pour mettre davantage en relief les textes importants, nous subordonnons l'ordre chronologique de tous ces témoignages aux conclusions qu'ils renferment (1). Les témoignages littéraires peuvent, à raison de leurs allusions juridiques, se grouper en deux catégories : l'une comprendra des textes, qu'une analyse minutieuse et détaillée nous amènera nécessairement à exclure comme ne visant même pas la formule elle-même ; l'autre embrassera les témoignages concernant une formule, mais sans

les historiens contre le danger d'introduire dans l'histoire des préjugés des caractères plus conformes à nos idées qu'à ceux qui sont révélés par l'histoire. En donnant trop d'importance à ces vraisemblances apparentes, on risque, en effet, de nuire à l'intelligence d'institutions originales.

(1) Nous préférons en effet suivre ici un ordre logique plutôt qu'un ordre strictement chronologique. Les textes deviennent plus nombreux et, pour faire une étude d'ensemble, nous devons échapper aux répétitions en même temps que veiller à donner plus de force aux témoignages intéressants. Nous étudions même les témoignages qui ne se rapportent pas à la formule : car, encore faut-il donner les raisons de leur exclusion.

qu'on puisse affirmer qu'il s'agit de la formule du procès de la procédure formulaire. Les témoignages juridiques, s'ils se rapportent au contraire à la formule du procès, s'interprètent également aussi bien dans le sens d'une formule orale que dans le sens d'une formule écrite.

A. — *Textes littéraires ne visant même pas la formule.* — Nous en avons quatre : deux nous sont donnés par les *Verrines* de Cicéron, un est extrait des *Satires* d'Horace, enfin un autre est tiré des *Lettres* de Pline.

a) *Textes des Verrines* (1). — Ces deux textes, renfermant les expressions *dicam scribere*, *dicas sortiri*, sont ainsi conçus :

Uerr., 12, 2, 15 : *Scribitur Heraclio dica... Interea dies advenit quo die sese ex instituto ac lege Rupilia dicas sortitutum Syracusis iste edixerat. Paratus ad hanc dicam sortiendam venerat. Tum eum docet Heraclius non posse eo die sortiri, quod lex Rupilia vetaret diebus XXX sortiri quibus scripta esset. Dies XXX nondum fuerant. Sperabat Heraclius si illum diem*

(1) Sur ces textes, consult. : Karlowa, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislationen*, Berlin, 1872, p. 255 et ss. — Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 70. — Partsch, *Die Schriftformel im röm. Provinzialprozeß*, 1905, p. 85. — Fliniaux, *Le vadimonium*, thèse Paris, 1908, p. 139 et ss. — Ces expressions sont employées à propos de faits qui se sont passés en Sicile, dans un pays de droit grec. Cf. en outre : Huvelin, *Etudes sur le furtum*, op. cit., p. 193.

effugisset, ante alteram sortitionem Q. Arrium-quem provincia tum maxime expectabat, successeurum. Iste omnibus dicis diem distulit et eam diem constituit, ut hanc Heraclii dicam sortiri post dies XXX ex lege posset.

*
* *

Uerr., 12, 2, 24, 59 : Procuratores postulant, ut se ad leges suas rejiciat, aut ex lege Rupilia dicam scribi jubeat.

La procédure, en vigueur en Sicile à l'époque de Cicéron, n'était pas la procédure civile des Romains. Elle se rattachait au contraire à la procédure grecque. Syracuse, en effet, avant la conquête romaine, était une colonie corinthienne, soumise au droit dorien. Et, sur la question de procédure, dont il est ici question, on n'a pas démontré que le droit dorien différât en quoi que ce soit du droit attique. Depuis la conquête romaine (513 de Rome = 241 avant J.-C.), les institutions judiciaires se sont maintenues, sauf à s'adapter à l'autorité romaine, compétente, chargée de rendre la justice.

Cicéron, dans ces deux passages, décrit une institution grecque, complètement étrangère au droit romain. M. Fliniaux l'a, dans un article remarquable, nettement démontré (1). Comme cet auteur, nous indi-

(1) *La dicarum scriptio et deux papyrus égyptiens de l'époque ptolémaïque*, *N. R. H.*, XXXIII, 1909, pp. 535-549, où M. Fliniaux confirme ses conclusions antérieures, affirmées dans sa thèse, *Le vadimonium*,

querons la procédure grecque d'introduction de l'instance, avant d'examiner ces deux témoignages des Verrines qui y correspondent.

En droit attique, l'instance débutait par une sommation faite par le demandeur au défendeur, en présence de témoins, d'avoir à comparaître tel jour, ordinairement cinq jours après, devant le magistrat, à qui la réclamation sera remise par écrit. Cet acte initial de la procédure s'appelait *προσκλησις* et un papyrus égyptien de l'époque ptolémaïque, du commencement du III^e siècle avant J.-C., nous apprend qu'on en dressait procès-verbal (1).

Cinq jours après, le demandeur remettait au magistrat la demande rédigée par écrit (*δίκη*). Ce second acte de la procédure est visé dans le même papyrus :

Paris, 1908, p. 130 et ss., en répondant à M. Mitteis, qui avait étudié dans *Z. S. St.*, 29, 1908, p. 470, ces institutions grecques. — Le bel article de M. Fliniaux a mis dans un relief saisissant les caractéristiques de cette procédure grecque et son adaptation en Sicile. Nous n'admettons point cependant ses conclusions en faveur de l'influence des *dicae* siciliennes sur l'introduction de la formule dans la procédure formulaire romaine. La formule ne peut être cherchée que dans l'évolution de la *legis actio* elle-même et non dans une institution extérieure à la procédure civile elle-même.

(1) Cf. Fliniaux, *op. cit.*, pp. 539-540. — Dans certains cas cette sommation, acte initial de la procédure d'introduction de l'instance, était laissée de côté : le demandeur traînait de force son adversaire devant le magistrat et procédait sans plus au deuxième acte de la procédure. Il en était ainsi dans le cas où l'adversaire était un étranger, qui ne pouvait fournir les cautions prescrites par la loi, ou bien encore quand l'adversaire était l'objet de poursuites criminelles. Cf. Meier et Schömann, *Der attische Prozess*, 2^e éd., par Lipsius, Berlin, 1883-1887, II, p. 769 et ss.

— “ ἡ δίκη σοι ἀναγραφησεται εν τῷ ἐν Ἡρακλῆους πολει δικαστηρίῳ (1).

et dans un autre de la même époque :

— ἡ δίκη σοι γραφησεται, εν τῷ δικαστηρίῳ (2).

Ordinairement les sources grecques désignent le fait pour le demandeur de porter sa plainte au magistrat par les expressions : λῆξιν τῆς δίκης ποιῆσθαι ; την δίκην λαχεῖν ou λαγχάνειν (3). Mais nous rencontrons dans les *Nuées* d'Aristophane, comédie représentée en 423 avant J.-C., la même expression que celle des deux papyrus : τινὶ δίκην γράφειν pour désigner le même acte de procédure (4).

Nous y voyons Socrate poser à Strepsiade cette question :

V, 758 : « εἰ σοι γράφοιτο πεντετάλαντός τις δίκη, ὅπως ἀν' αὐτὴν ἀφανίσειας ἐπέ μοι. ».

(1) Papyrus, *Hibeh*, I, n° 30 (d), ligne 24, éd. Grenfell and Hunt, *The Hibeh Papyri*, London, 1906.

(2) Papyrus, *Petrie*, III, n° 21 (g), ligne 32, *The Flinders Petrie Papyri*, by the rev. J. P. Mahaffy and J. G. Smyly, Dublin, 1905 (Royal Irish Academy, *Cunningham Memoirs*, n° XI).

Ces deux papyrus sont du commencement du III^e siècle avant J.-C.

(3) Meier et Schömann, *loc. cit.*, II, p. 790 et ss.

(4) Ici, à la différence des mots, *dicam scribere, subscribere*, rencontrés chez Plaute, imités du grec : τινὶ δίκην γράφειν, cette expression est prise dans son sens technique. Cette expression signifie soit : intenter une action contre quelqu'un (sens de Plaute et de Térence, *suprà*, pp. 112-115), soit rédiger une demande contre quelqu'un, soit enfin au sens purement technique, dont c'est le cas ici, enregistrer la demande au greffe du tribunal. Cf. Fliniaux, *loc. cit.*, pp. 541-543, qui cite en outre des exemples concrets de ces δίκαι grecques, qui nous ont été transmis par des orateurs ou des inscriptions grecs.

Comment ferais-tu pour détruire une *δίκη* de cinq talents qui serait écrite contre toi ?

Et Strepsiade de répondre, en indiquant le moyen :

V, 769 : « Ἐγωγε. Φέρε τί δῃτ' ἄν, εἰ ταυτην (scil. ὕαλον) λαβὼν, ὁπότε γράφοιτο τὴν δίκην ὁ γραμματεὺς, ἀπωτέρω στάς ὧδε πρὸς τον ἡλίον τὰ γραμματ' ἐκτῆξαιμι τῆς ἐμῆς δίκης ; »

Si j'allais avec une lentille de cristal me placer du côté du soleil, loin du greffier, et faire fondre les lettres de la demande, pendant que celui-ci l'inscrirait ?

Il résulte de ce passage qu'il y avait lieu à un enregistrement par le greffier du tribunal de toute demande écrite, présentée au magistrat. Cet enregistrement consistait dans la transcription de la demande écrite, remise au magistrat, sur une table spéciale exposée au public.

L'expression : *τὴν δίκην γράφειν* avait, à côté du sens large d'intenter une action contre quelqu'un, le sens plus étroit déjà visant la rédaction de la demande par le demandeur, et enfin le sens technique bien précis concernant l'enregistrement de la demande par le greffier du tribunal, que le demandeur a saisi de ses prétentions.

Cet exposé de la procédure normale d'introduction de l'instance en droit attique permet de découvrir la signification des passages des *Verrines*.

Au lendemain de la conquête romaine, en Sicile, pour les procès entre Siciliens de cités différentes, comme entre Siciliens et citoyens romains, ou encore

entre citoyens romains, l'autorité judiciaire compétente, depuis la conquête romaine, était le gouverneur, qui chaque année tenait un *conventus* (1) dans différentes villes de sa province pour y rendre la justice. Mais comme la juridiction du gouverneur n'était ni fixe ni permanente (2), dans l'intervalle qui séparait deux *conventus*, les demandes, devant être soumises au *conventus*, étaient enregistrées par l'autorité locale, celle du domicile du défendeur, dans l'ordre où elles lui parvenaient.

Nous ne savons si cet enregistrement était précédé d'un acte analogue à la *προσκλησις* : les sources ne nous donnent aucune indication (3).

(1) Cf. Fliniaux, *loc. cit.*, pp. 543-544. — Sur le *conventus* voy. l'article de M. P. F. Girard, dans la grande encyclopédie, v° *conventus*, et celui de Kornemann, dans *Pauly-Wissowa*, v° *Conventus*, IV, p. 1173, B. — La Sicile fut au point de vue judiciaire divisée en un certain nombre de *conventus*, dont les sources nous ont conservé les noms. Ainsi : le *conventus* de Syracuse (*Uerr.*, II, 4, 25, 55), de Lilybaeum (*Uerr.*, II, 5, 54, 140), de Panormus (*Uerr.*, *eod. loc.*), de Messana (Tite-Live, 31, 29, 8) et d'Agrigentum (*Uerr.*, II, 2, 26, 63).

(2) Le demandeur ne pouvait pas en effet trainer son adversaire devant le *conventus*, qui pouvait se tenir dans une ville très éloignée du domicile du défendeur. Aussi les Romains ont pensé à conserver la procédure grecque en vigueur d'introduction de l'instance, en l'adaptant au nouveau système des *conventus*. Cf. Fliniaux, *op. cit.*, p. 544.

(3) Seulement il est probable qu'après l'enregistrement de la demande au tribunal local, la demande était notifiée au défendeur soit par le demandeur lui-même, soit par l'autorité locale elle-même, qui avait procédé à l'enregistrement de la demande. Cf. Fliniaux, *loc. cit.*, pp. 545-546. Dans *B. G. U.*, I, n° 226, nous trouvons mentionnée une pratique égyptienne du premier siècle après J.-C. où le demandeur prie le stratège du nome de communiquer sa demande au défendeur.

Ce que nous savons c'est que d'après la loi Rupilia, de 622 de Rome, visant le droit sicilien, la *dicarum scriptio* devait précéder d'au moins trente jours la *dicarum sortitio*, tirage au sort de tous les procès déferés au *conventus*, pour déterminer l'ordre dans lequel ils seraient tranchés. Cette *dicarum sortitio* avait lieu pendant le *conventus*, tandis que la *dicarum scriptio* se produisait entre deux *conventus*. L'une était du ressort de l'autorité locale, l'autre de celui du président du *conventus*.

Le premier texte de Cicéron se comprend ainsi très bien :

Scribitur Heraclio dica : de consonnance grecque, correspond ici à l'institution de la procédure grecque attestée par les deux papyrus et le texte d'Aristophane. Cette expression est la traduction des termes techniques grecs : du papyrus *Hibeh* :

ἡ δίκη σοι ἀναγραφησεται.....

du papyrus *Petrie* :

ἡ δίκη σοι γραφησεται.....

et du texte d'Aristophane :

εἰ σοι γράφοιτο..... τις δίκη.-όποτε γράφοιτο τήν δίκην ὁ γραμματεὺς.....

Elle signifie : il est procédé à l'enregistrement de la demande contre Heraclius. Où ? Pas à Syracuse. Le texte des *Verrines* aurait placé Syracuse après *scribitur*,

pour indiquer le lieu où se déroulerait toute la procédure (1). Ce ne peut être qu'au domicile d'Heraclius, défendeur à l'action, devant l'autorité locale, chargée d'enregistrer les demandes pour les soumettre plus tard au *conventus*, qui ne se tient pas à époque fixe ni d'une manière permanente.

Interea dies advenit, quo die sese ex instituto ac lege Rupilia dicas sortituum Syracusis iste edixerat : désigne le *conventus* se tenant dans un autre endroit à Syracuse et présidé par Verrès. Celui-ci va procéder à la *dicarum sortitio* (2). Mais Heraclius objecte que les trente jours requis par la loi Rupilia, pour séparer l'enregistrement de la demande et le tirage au sort des procès, ne se sont pas encore écoulés : *Die XXX nondum*

(1) Si dans la pensée de Cicéron la *dicarum scriptio* avait lieu au même endroit que la *dicarum sortitio*, on ne pourrait pas expliquer que cet auteur ait placé *Syracusis* après *sortituum* seulement. Logiquement, il aurait fallu mettre *Syracusis* au début de l'anecdote contée ici, c'est-à-dire, suivant la remarque de M. Fliniaux (*op. cit.*, p. 547), après *scribitur*. Le lieu où se seraient déroulées à la fois la *dicarum scriptio* et la *dicarum sortitio* aurait été indiqué une fois pour toutes au début de l'affaire rapportée par Cicéron. Il y a donc en réalité la mention de deux endroits différents : le tribunal du domicile d'Heraclius, où est enregistrée la demande formée contre lui ; et Syracuse, où se tient le *conventus* sous la présidence de Verrès.

(2) Nous savons en effet que la *dicarum scriptio* avait lieu devant le tribunal local dans l'intervalle de deux *conventus*. La *dicarum sortitio*, au contraire, avait lieu nécessairement trente jours au moins après et pendant le *conventus* lui-même, puisque l'exercice par le gouverneur de sa juridiction suppose que cette formalité a été remplie. Le tirage au sort de tous les procès déferés au *conventus* devait avoir lieu au commencement du *conventus*. Cf. Fliniaux, *op. cit.*, p. 546.

fuerant. Son procès ne peut pas être encore tiré au sort avec les autres. Verrès, alors, retarde pour tous les procès la date de la *dicarum sortitio* afin de pouvoir juger dans le *conventus* le procès d'Heraclius : *Iste omnibus dicis diem distulit et eam diem constituit, ut hanc Heraclii dicam sortiri post dies XXX ex lege posset*.

Le second passage des *Verrines*, où nous rencontrons l'expression *dicam scribere*, nous atteste la même procédure d'enregistrement des demandes en Sicile. Il s'agit d'un procès intenté par les habitants de Bidini contre Epicrate, absent, au sujet d'une riche succession échue à ce dernier. Dès l'instant que défendeur et demandeurs appartenaient à la même cité, le tribunal local pouvait seul, en vertu de la loi Rupilia, être compétent, à l'exclusion du *conventus*. Mais les Bidiniens demandent à Verrès de remettre l'affaire au *conventus*. Les procureurs d'Epicrate consentent à soumettre la question à Verrès, sous condition toutefois que, si Verrès décide que l'affaire sera portée au *conventus*, il ordonne que les formalités de la *dicarum scriptio* soient remplies.

Procuratores postulans, ut se ad leges suas
rejeciat, aut ex lege Rupilia dicam scribi jubeat.

En effet la loi Rupilia n'exigeait la *dicarum scriptio* que pour les procès qui étaient de la compétence du *conventus*. Or, ici, l'affaire était du ressort de l'autorité locale. Comme les procureurs d'Epicrate déclinaient

la compétence du tribunal local pour saisir le *conventus* du procès, il est certain que les garanties instituées par la loi Rupilia, telle que la *dicarum scriptio* (1), leur faisaient défaut. Aussi devaient-ils la stipuler expressément de Verrès, pour en bénéficier. De cette manière le procès relatif à cette succession, qui normalement devait être tranché par le tribunal local, sera porté au *conventus*, mais jouira des avantages accordés aux litiges, relevant normalement de la compétence exclusive du *conventus*.

Ces deux textes des *Verrines* ne peuvent fournir aucun renseignement sur le caractère écrit de la formule de la procédure romaine. S'ils font état de la procédure grecque, qui s'est conservée dans ses lignes essentielles en Sicile depuis la conquête romaine, ils sont intéressants pour l'étude de la procédure provinciale romaine, comme témoignages de l'enregistrement et du tirage au sort des *dicae* siciliennes, mais ne regardent en aucune manière, comme nous l'avons établi en suivant la savante démonstration de M. Fliniaux, la procédure civile romaine en usage à l'époque de Cicéron.

b) Un autre texte littéraire a été invoqué comme une preuve de la formule écrite. C'est un passage d'Horace, qui se trouve à la fin de la première satire du deuxième livre. Cette pièce affecte la forme d'un dialogue entre Trebatius et Horace (2). Le jurisconsulte

(1) Cf. Fliniaux, *loc. cit.*, p. 548 ; Partsch, *Schriftformel*, p. 90, n. 1.

(2) C. Trebatius Testa, jurisconsulte, contemporain de Cicéron et

Trebatius conseille au poète de renoncer à la satire, qui suscite trop de rancunes. « Prends garde, lui dit-il, que ton ignorance du droit ne t'attire quelque vilaine histoire :

T. « Si mala condiderit in quem quis carmina, ius est iudiciumque. »

H. « Esto, si quis mala ; sed bona si quis iudice condiderit laudatus Caesare ? Si quis opprobriis dignum latrauerit, integer ipse ? »

T. « Soluentur risu tabulae, tu missus abibis » (1).

Le sens de ce passage est très discuté. Il n'y a pas moins de neuf interprétations sur les *tabulae*. Nous exposerons celles que nous rejeterons, en indiquant les motifs de notre exclusion, puis nous proposerons notre explication, qui, du reste a été déjà donnée, avant nous, par Brassloff (2).

ami d'Horace, est né en 665. Nous ne connaissons de lui que peu de choses. Quelques lettres de Cicéron, cette satire d'Horace le mettent principalement en relief. Il paraît avoir vécu jusqu'en 740. Cf. Teuffel, *Geschichte der Römischen Literatur*⁵ (1890), 1, p. 207.

(1) Horat., *Sat.*, 2, 1, 82-86 (éd. Krüger², p. 87). Beaucoup d'écrivains prêtent ce dernier vers à Horace. Il est plus vraisemblable de le mettre dans la bouche de Trebatius. Il y a confusion et jeu de mots. L'expression *malum carmen* est interprétée par Trebatius comme signifiant des vers méchants, tandis qu'Horace l'emploie pour désigner des méchants vers. Cf. Huvelin, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, 1903, pp. 65-66.

(2) Brassloff, *Z. S. St.*, 27, 1906, pp. 210-220. — Cet auteur rassemble les principales interprétations données à ce passage et propose une explication, que nous adoptons en précisant toutefois de quelle action d'injures il est parlé ici.

§ 1. — Examen critique des interprétations fournies.

Les huit interprétations de ce texte, données avant celle de Brassloff, peuvent être ainsi classées : trois expliquent le mot *tabulae*, mais se heurtent à la difficulté de commenter *soluentur risu* ; quatre autres expliquent tous ces termes, en considérant dans les *tabulae* les écrits injurieux ; enfin, une seule entend l'expression *tabulae*, comme si elle désignait les tablettes renfermant la formule de l'action en diffamation.

Les trois premières sont celles de : Orelli, Dillenburger et de Kiessling.

Orelli (1) comprend les *tabulae* comme des *tabulae iudiciariae*, les tablettes des juges, sur lesquelles ils écrivent leur vote. Mais le poète aurait écrit *tabel-lae*, s'il avait voulu désigner les tablettes de vote. D'autre part, pour exprimer cette idée, Horace, en se servant de *soluentur*, aurait commis une impropriété de termes. *Soluentur* signifie seront décachetées, brisées, ouvertes. Or, comme le remarque avec raison Erman (2), les tablettes de vote n'étaient pas fermées. Aucun *soluere* n'est concevable. Enfin, il n'est pas sûr que ce procès comporte un vote. Tout est oral.

Dillenburger (3) comprend *tabulae* comme une allu-

(1) Orelli (*Q. Horatius Flaccus*, II, 1844, p. 252). Avant lui, Gesner (*Q. Horatii Flacci sermones*, Leipzig, 1815, p. 426). — Son interprétation a été réfutée par Erman, *Z. S. St.*, 17, 1896, p. 334.

(2) Erman, *loc. cit.*

(3) Dillenburger (*Q. Horatii Flacci opera omnia*, éd. V. Bonn, 1867,

sion à la loi des XII Tables, *lex duodecim tabularum*. L'expression *soluere tabulas* serait l'expression poétique de *severitatem legum minuere, frangere*. Mais cette interprétation, suivant l'observation d'Erman, manque de sel. Horace n'aurait guère pu songer à cette loi. D'ailleurs le texte fait allusion, non point à des *leges* abstraites, mais à des *tabulae* concrètes, en rapport étroit avec le procès : *tabulas soluere*.

Kiessling (1) propose une interprétation bien peu vraisemblable. Les *tabulae* seraient en réalité des *subsellia*, gradins sur lesquels siègent les juges. Ces gradins sous l'effet des rires s'écarteraient les uns des autres. Mais cette idée serait vraiment peu digne du poète. Une telle expression serait enfantine, déclare Erman, et ne peut être attribuée à Horace, ajoute Brassloff.

Après ces trois explications, il convient de citer celles de Hermann, Meutzner, Trampedach et Schlossmann, qui ont pour trait commun de considérer les *tabulae* comme des tablettes renfermant les écrits injurieux incriminés.

Hermann (2) traduit *soluentur risu tabulae* ainsi : on ouvrira ton livre en riant et on te laissera aller. Cette

p. 413). Cf. en outre Krüger³, en note de son édition des *Satires* d'Horace, p. 97. Consult. Mewes, *Q. Horatius Flaccus*, 2 Bd, Berlin, 1892, p. 159. — Lucian Müller, *Q. Horatii Flacci sermonum et epistularum libri*, I Teil, Wien, 1891, p. 155.

(1) Kiessling (*Q. Horatius Flaccus, Satiren*, II, Berlin, 1886, p. 130). — Cette interprétation est critiquée : Gottfried Hermann, *Philologus*, IV, p. 626 ; Erman, *loc. cit.* ; Brassloff, *op. cit.*, p. 212.

(2) G. Hermann, *Philologus*, IV, p. 626.

traduction ne tient pas compte de cette remarque élémentaire à savoir que, si l'on délie le livre satirique, encore faut-il qu'il soit lié. Et, comme le dit avec raison Brassloff, le *soluere tabulas* correspond à un *liberare a sigillo et vinculis*. Or aucune raison n'explique pourquoi le livre est scellé.

Trampedach (1) pense que *soluentur risu tabulae* signifierait : les tablettes, contenant le poème soi-disant injurieux (*corpus delicti*), sont déliées, affranchies de leur lien criminel. Que cela se produise sous les rires, rien de surprenant. L'inspection du corps du délit fait apercevoir au juré le contraste comique entre la plainte sévère au sujet du *malum carmen* et ce *malum carmen*, qui, dans son genre, est un *bonum carmen*. Mais Trampedach suppose un double acquittement : celui des livres accusés eux-mêmes et celui du poète. Or, Horace oppose plutôt, comme le dit Brassloff, les *tabulae* et la personne du poète. Cette opposition est même fortement accusée dans le texte d'Horace.

Meutzner (2) songe alors à une saisie des écrits incri-

(1) Trampedach (*Z. S. St.*, 18, 1897, p. 141) tente de réfuter l'interprétation, parue *eod. loc.*, 17, 1896, p. 334, et propose une autre interprétation, où les *tabulae* ne prouveraient pas l'existence d'une formule écrite. — D'après Trampedach, les *tabulae* seraient les poèmes injurieux eux-mêmes, qui seraient accusés. Cette idée n'a rien d'étonnant, puisque souvent les actions humaines sont attribuées aux tablettes : *tabulae clamant, delectant, prosunt, obsunt, coargunt, condemnantur*. Cf. Cicéron, *pro Q. Roscio*, et les notes de Trampedach, *loc. cit.*

(2) Meutzner, *Jahrb. f. class. Philolog.*, X, Bd, p. 810.

minés. L'accusation tombera ; la saisie sera supprimée, dès que le juge aura constaté que le poème n'est pas en réalité un *malum carmen*. Mais il n'est nullement question d'une saisie préalable. Il n'est pas prouvé non plus que dans un procès privé, à l'occasion d'un délit privé, la saisie préalable puisse être pratiquée. L'existence d'un séquestre reste à démontrer.

Schlossmann (1) croit avoir trouvé le fondement nécessaire à l'explication de Meutzner. Le texte exprimerait une confusion d'idées. Les deux interlocuteurs ne se comprendraient pas. Tandis que Trebatius songe à un procès privé menaçant le poète, Horace, au contraire, croit qu'il sera statué sur le prétendu livre injurieux dans une *cognitio*, basée sur une accusation publique. Auguste, alors, suppose le poète, aurait fait procéder pour la durée de la procédure pénale à une saisie provisoire des écrits tombant sous le coup de l'accusation publique. La saisie aurait cessé aussitôt qu'il aurait été reconnu que le *malum carmen* est sim-

(1) Schlossmann a développé son interprétation à trois reprises, d'abord dans *Rhein Museum für Philolog. N. F.*, LX, pp. 630 et ss. ; ensuite dans *Litis contestatio*, pp. 33-34 ; enfin dans *Praescriptiones und Praescripta verba*, p. 4, n. 1. — Pour lui, Trebatius songerait à une *actio iniuriarum*, plaidée avec la procédure formulaire : les mots *ius est iudiciumque*, prononcés par le jurisconsulte montreraient qu'il a bien en vue la procédure ordinaire. Horace, au contraire, penserait à un procès pénal, fait en la forme d'une *cognitio* devant César lui-même, à propos des *mala carmina*. Les mots *solentur risu tabulae* signifieraient dans la bouche de Trebatius : Si c'est comme tu le penses, les écrits seront délivrés au milieu des plaisanteries.

plement un *bonum carmen*. Cette interprétation soulève de grosses objections. Schlossmann suppose (1) que l'accusation publique se déroule devant la Cour impériale. Mais il est douteux qu'un tel tribunal ait existé déjà lors de la rédaction des *Satires* d'Horace. En tout cas pour les *mala carmina* il y a peu de chances pour l'admettre. De plus, Schlossmann propose une explication bien peu vraisemblable. Comme le reconnaît Brassloff, il prête au poète une combinaison d'idées bien extraordinaire. Trebatius, en effet, dirait : si quelqu'un compose un poème injurieux, qu'il vienne devant le juré. Et Horace de répondre : c'est juste qu'il vienne devant le juré et soit condamné s'il a fait des *mala carmina*, mais comment, s'il a présenté dans la Cour de l'empereur son poème comme *bonum* ? Le poète dans la première partie de sa réponse aurait compris l'idée du juriste, puis brusquement aurait parlé non plus d'une procédure privée, mais d'une procédure pénale publique de la Cour impériale. Et puis Schlossmann n'explique pas si cette procédure publique avait lieu sur le souhait de l'offensé. Enfin il fait paraître ridicule non pas l'adversaire du poète, qui, à tort, se serait offensé du *malum carmen*, mais l'empereur lui-même. Celui-ci, d'après Schlossmann, aurait fait saisir les poèmes, puis aurait déclaré qu'ils n'ont rien d'injurieux. Le ridicule serait encore

(1) Schlossmann, contrairement à Meutzner, qui suppose une saisie dans un procès privé, envisage bien une saisie des écrits injurieux, mais dans un procès public.

plus fort si le *princeps* a lu les satires avant la saisie. Le rire des assistants ne serait qu'une raillerie à l'adresse du juge de la Cour impériale.

Reste une dernière explication. C'est celle d'Erman (1). Constatant l'insuffisance des interprétations précédentes, cet auteur prétend trouver dans les *tabulae* un document, scellé par le préteur ou les témoins de la *litis contestatio* et renfermant la formule du procès. De même que les *tabulae cautionis, obligationis* sont écrites et scellées, de même le poète, ici, indiquerait des *tabulae iudicii* écrites et scellées. Le passage d'Horace signifierait que la formule est ouverte sous les rires. Le procès serait un procès privé régulier d'après

(1) Erman (*Z. S. St.*, 17, 1896, p. 334 et ss.) a écrit son article avant Trampedach et Schlossmann, il n'a donc pas pu les critiquer. Il a critiqué les autres interprétations. Si nous examinons son explication à la suite de celles de Trampedach et de Schlossmann, c'est pour mieux détacher son opinion, qui incline nettement en faveur de la formule écrite. Erman, ici, répond à Kübler, qui s'élevait, nous le savons, dans *Z. S. St.*, 16, 1895, *loc. cit.*, contre cette affirmation, se trouvant sans preuve dans les manuels de droit romain, au sujet de la formule considérée comme un écrit officiel, émanant du préteur. Erman, l'année suivante et dans la même revue, lui oppose ce texte d'Horace, sur les *tabulae*. Ces *tabulae* seraient des *tabulae iudicii*. La formule serait écrite sur de pareilles tablettes. Le mérite d'Erman est d'avoir donné à *soluere* son véritable sens : ouvrir, décacheter. Erman réfute les interprétations admettant les *tabulae* comme une allusion aux XII Tables, ou aux bancs des juges *subsellia*, ou aux tablettes de vote des juges. Pour lui, le procès n'est pas une *quaestio*, mais un procès privé : *ius est iudiciumque* le prouveraient. Il s'agirait d'un procès régulier selon l'édit, devant un *iudex unus* ou des *recuperatores*. Et ces derniers votent oralement comme dans les *quaestiones*. — Cf. Critique de cette opinion dans Trampedach, *loc. cit.*, et Schlossmann, *op. cit.*

l'édit : *ius est iudiciumque* l'indiquerait. Il se passerait devant un *unus iudex* ou devant des *recuperatores*.

Cette explication est certainement préférable aux autres. Elle a le mérite de tenir compte des expressions : *solventur risu tabulae* ; *ius est iudiciumque* et de leur donner un sens très vraisemblable. Toutefois l'auteur devrait entendre les mots *iudice Caesare*, d'après la logique de son argumentation, comme visant un *unus iudex* et non comme un jury de *recuperatores*. Mais, ce qu'il y a de surprenant dans la traduction proposée par Erman, c'est que le *iudex* aurait ri de la formule, sans connaître les faits. Comment un simple regard jeté sur la formule aurait-il pu déterminer à la fois le rire du juré et l'acquittement du poète ? Dans la formule le procès est énoncé sous forme très générale. Le juge ne pouvait, selon toute probabilité, apprendre le détail que par les déclarations des parties et des avocats. De plus, si l'accusation était si ridicule, le préteur aurait fait usage de son droit de *denegare actionem* pour l'étouffer, avant de la soumettre au juge. Autrement, ce n'est pas l'accusateur, mais le préteur qui aurait paru ridicule.

§ 2. — Explication de Brassloff (1).

Rejetant toutes les explications données par les au-

(1) Brassloff (*Z. S. St.*, 27, 1906, pp. 216 et ss.), dans son substantiel article, donne une nouvelle explication du célèbre passage d'Horace, après avoir rejeté toutes les interprétations précédentes.

teurs précédents, Brassloff en propose une nouvelle, très originale, qui tient compte de tous les termes techniques, écrits par Horace dans cette satire.

Le mot *tabulae* s'entend d'une déposition d'un témoin, fixée par écrit. Le plaideur, qui veut se rapporter à la déclaration d'un témoin, peut citer son témoin devant le tribunal ou bien se rendre auprès de lui, l'interroger en présence de témoins et fixer par écrit le résultat de cette audition devant ces témoins. Le document probatoire scellé (*tabulae*) est joint aux actes de procédure. Les personnes, qui ont assisté à l'interrogation du témoin, n'ont qu'à confirmer devant le tribunal l'identité du contenu de ce document scellé avec la déposition de l'absent (1).

Ces dépositions des absents, rédigées dans un document *tabulae* (2), peuvent contenir une attestation des faits (*testificatio*, *testatio*, *testimonium*) à l'appui des dires de l'accusé, ou bien encore un éloge (*laudatio*) de l'accusé (3), d'autant plus précieux pour lui qu'il émane d'une personnalité éminente.

Ces *tabulae* peuvent être rédigées au cours du procès, mais aussi indépendamment de tout procès, à titre de

(1) Nous trouvons en droit grec une pratique semblable. Le document scellé en présence de *μάρτυρες* et contenant la déposition de l'absent, s'appelait *ἐμαρτυρία*. Cf. Meier et Schömann, *Attischer Prozess*, II, p. 879.

(2) Nous en trouvons des exemples dans Quint., *Inst.*, V, 7, 1, 2 ; Cic., *in Uerr.*, I, 128 ; II, 7, 20 ; V, 39, 102.

(3) Ainsi dans Cic., *ad fam.*, 1, 9, 10. — Valère-Maxime, VI, 2, 5. Sur les *testimonia*, cf. Cic., *pro Cluentio*, 60, 168 ; *in Uerr.*, II, 7, 20.

témoignage susceptible d'être utilisé dans un procès, le cas échéant. Ces témoignages sont conservés comme preuves de l'estime, en laquelle le bénéficiaire de ces éloges est tenu de la part de grands personnages. L'altération de ces *testationes* est réprimée par une peine criminelle (1).

Ce moyen de preuve est utilisé à l'époque républicaine. Tacite (2) le cite comme un avantage de l'ancien temps. Hadrien le considère à son époque comme insuffisant (3). Mais, au temps du principat, un fragment de Paul nous le présente comme régulier (Dig., 3, 2, *de his, qui notantur infamia*, 21, pr.) :

Lucius Titius crimen intendit Gaio Seio, quasi iniuriam passus, atque in eam rem *testationem* apud praefectum praetorio recitavit : praefectus, fide non habita *testationis*, nullam iniuriam Lucium Titium passum esse a Gaio Seio, pronunciavit. Quaero an testes, quorum testimonium reprobatum est, quasi ex falso testimonio, inter infames habentur. — Paulus respondit : nihil proponi, cur hi, de quibus quaeritur, infamiam loco haberi debeant : cum non oportet ex sententia, sive iusta, sive iniusta, pro alio habita, alium praegravari.

(1) Marcien l'indique au Dig., 48, 10 (*de lege Cornelia*), 1, pr.

(2) Tacite, *dia.*, 36.

(3) Callistrate l'indique au Dig., 22, 5 (*de testibus*), 3, 3. — Hadrien croyait aux témoins, mais plus aux *testimonia* :

Si la *testificatio* est ici refusée, ce n'est pas que le mode de preuve soit inadmissible ; c'est plutôt, comme le dit Brassloff, parce que le témoignage, contenu dans la *testificatio*, est répréhensible.

C'est à de telles *testificationes*, rédigées en forme de document et scellées, qu'Horace fait allusion. Cette interprétation est fondée sur la mention d'une *laudatio*, obtenue de César. L'événement raconté dans la satire est le suivant : contre Horace une action privée est dirigée à propos de *mala carmina*. Cette action ne peut pas être en effet l'action publique ancienne, puisque le texte parle de la distinction du *ius* et du *iudicium*. D'autre part l'action publique n'a plus de portée pratique, tandis que l'action privée est devenue possible au temps d'Horace. C'est sans doute l'édit du préteur sur l'*infamandi causa factum* qui s'applique ici (1).

Cette action privée n'est pas du tout dangereuse pour le poète, parce qu'il peut prouver que ses poèmes ne

(1) Huvelin, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, *op. cit.*, p. 67, n. 2. — Cet édit n'existe pas encore au temps des procès d'Accius et de Lucilius (Cf. même auteur, *op. cit.*, pp. 33, 103). — Il est postérieur en date à la loi Cornelia de *iniuriis* du dictateur Cornelius Sulla, car il embrasse dans une répression générale tous les actes infamants, dont le préteur et le législateur n'avaient jusque-là prévu que certaines catégories. Dans cet édit le préteur déclarait : *Ne quid infamandi causa fiat. Si quis aduersus ea fecerit, prout quaeque res erit animaduertam* (Edict. praet. Bruns, *Fontes* ⁶, p. 219). Le préteur annonce qu'il prendrait des mesures pour réprimer tout outrage fait à autrui. — A ce moment la notion de *contumelia* transformait peu à peu la notion de l'*iniuria*. Sur cette évolution : Huvelin, *op. cit.*, pp. 101-107. — Sur l'influence de l'*ἴσθρις* grecque dans cet édit, cf. Hitzig, *Iniuria*, p. 55.

sont pas injurieux, outrageants. Horace repousse alors l'accusation, tandis qu'il présente les *tabulae* de César, dans lesquelles celui-ci démontre que les *carmina* d'Horace sont *bona*. Il produit en même temps des *testificationes*, émanant d'autres personnes, sur l'intégrité de son caractère et la mentalité peu honorable de l'accusateur. Les témoignages, qu'Horace peut présenter, et surtout la déposition élogieuse de César, le rassurent contre l'issue du procès. Le juge ouvre les *tabulae* sous les rires, car ces *tabulae* sont produites par Horace, l'accusé, et sont nettement favorables pour lui. Certainement les autres témoignages, émanant de l'accusateur, sont d'ores et déjà affaiblis par l'élogieuse déposition de César. La décision est rendue, bien avant que la procédure de la preuve ait été conduite à sa fin.

Qu'Horace attribue à César une pareille influence sur les procès, cela n'a rien de surprenant. Les *laudationes* de personnalités éminentes ont été d'une influence régulière sur la prononciation du jugement. Cette éventualité est très naturelle ici : Trebatius conseillait à Horace de s'adonner dans ses *Satires* à la glorification d'Octave.

Cette interprétation respecte le texte tel qu'il est. Elle donne aux expressions *ius est iudiciumque* ; *iudice laudatus Caesare* ; *schluentur risu tabulae* toute leur signification. Si elle rend compte de l'acquiescement rapide du prévenu, elle s'accorde aussi avec l'allusion faite aux témoignages produits sur l'honorabilité de

l'accusé et la réputation peu honorable de l'accusateur.

Sans doute nous ne pouvons guère demander au passage d'Horace une précision juridique que les commentateurs attendent de lui, mais nous n'hésitons pas à nous rallier à l'explication, donnée par Brassloff, qui a pour elle une grande vraisemblance. Il ne peut être question de formule écrite et scellée sur des *tabulae*. Il s'agit d'un document probatoire : la déposition élogieuse de César consignée sur des tablettes scellées. Par conséquent ce texte d'Horace, comme ceux des *Verrines*, est complètement étranger à notre question du caractère écrit ou oral de la formule.

c) Un passage de Pline (1) renfermant plusieurs fois l'expression *subscribere cum aliquo* ne peut pas non plus être pris en considération pour permettre d'examiner la question de l'oralité de la formule. Pline envisage ici le *centumvirale iudicium* (2). Or, il est admis que devant le tribunal des centumvirs les parties procèdent par voie de *legis actio*. On sait en effet que les *legis actiones* ont été complètement abolies par les deux lois Iuliae en 737 (3), sauf en ce qui concerne les procès plaidés devant les centumvirs et ceux ayant trait

(1) Pline, *ep.*, V, 1, 6 et 10. — Cf. l'explication de Schlossmann dans *Litis contestatio*, p. 35.

(2) Sur le tribunal des centumvirs, voy. Girard, *Manuel* ^s, p. 999, n. 2.

(3) Cf. Girard, *Manuel* ^s, p. 999. — Ces deux lois dateraient en effet toutes deux d'Auguste. Ce seraient les deux lois Iuliae, *iudiciorum privatorum*.

au *damnum infectum*. Il est, dès lors, évident que cette expression (1), qui ne concerne pas la procédure par formules, est également à écarter de la discussion.

B. — *Textes littéraires faisant allusion à une formule écrite*. — Deux autres textes littéraires, à la différence des précédents, se rapportent certainement à une formule écrite, sans toutefois accuser une relation évidente avec la formule du procès lui-même. Il s'agit d'un témoignage de Cicéron, qui n'a pas encore été jusqu'à présent mêlé dans la discussion du caractère ou oral de la formule du procès, et d'un passage de Quintilien, qui au contraire a déjà été étudié par les auteurs modernes.

a) Le texte de Cicéron est tiré d'une lettre de cet écrivain au jurisconsulte Trebatius. Cette lettre daterait de l'année 701.

Cicéron dans ce passage manifeste son étonnement au sujet de la dernière lettre que Trebatius lui envoyait :

Sed miror, quid in illa chartula fuerit, quod delere malueris quam haec scribere, nisi forte tuas formulas. Non enim puto te meas epistolas delere, ut reponas tuas (2).

(1) Peut-être pourrait-on trouver, même là, un argument indirect en faveur d'une formule écrite, servant de lien entre l'accomplissement préliminaire de la *l. a. sacramenti* devant le préteur et la procédure à commencer ensuite devant les centumvirs. Cf. Gaius, *Inst.*, 4, 31. 95.

(2) D'après l'édition Orelli et Baiter, *Ep. ad. fam.*, lib. VII, ep. XVIII, § 2. — C'était un palimpseste.

Trebatius (1) avait gratté les caractères d'une écriture préexistante, pour écrire à nouveau sa lettre à Cicéron, qui se demande ce que le jurisconsulte a bien pu effacer : *nisi forte tuas formulas* ?

Ce texte suggère d'abord plusieurs remarques.

La *formula* pouvait être écrite. Nous trouvons en effet l'idée d'écriture associée à l'idée de *formula*. De plus, le texte est adressé par un avocat à un jurisconsulte. Il y a de grandes probabilités pour que le terme *formula* soit entendu dans son sens technique.

Jusqu'ici nous dégageons de ce passage ce qui peut passer pour y être implicitement contenu. Mais les difficultés surgissent, dès que l'on veut savoir le genre de *formula* qui est visé.

Ce peuvent être des formules de droit, des notes, des résumés sur des problèmes juridiques examinés par Trebatius, au moment où il composait ses ouvrages. Mais le mot *formula* semble plutôt un terme de procédure. Son sens technique est trop connu de Cicéron (1) pour être employé hors de sa signification habituelle. Et alors *formula* peut désigner une formule abstraite, rédigée par Trebatius, pour la soumettre au préteur par l'intermédiaire des parties, qui venaient le consulter. Ce serait un schéma de formule, destiné à sanctionner

(1) Cf. *suprà*, p. 143, n. 1.

(2) Cf. Kübler, *Z. S. St.*, 16, 1895, p. 139 et ss. ; Wlassak, *Proceßgesetze* et *Litis contestatio* ; Huvelin, *Mélanges Gérardin*, pp. 349-352.

des cas nouveaux rentrant dans les cas anciens, déjà prévus par le droit en vigueur. Trebatius jouait à côté des tribunaux romains le rôle de la Doctrine moderne par rapport à la Jurisprudence.

Il n'est donc pas sûr que *formula* vise une formule concrète, et, de plus, l'on ne pourrait pas conclure que son caractère écrit était exigé en procédure d'une manière obligatoire.

b) Un autre texte, qui attestait une *formula* écrite, sans nous indiquer qu'il concerne directement la formule de la procédure formulaire, est extrait de l'*Institution oratoire* de Quintilien (1).

Cet auteur déclare que l'orateur doit éviter de se départir de son attitude calme, et de proférer des paroles irritées, susceptibles de le faire paraître ridicule. Un exemple est aussitôt donné :

Illud vero etiamsi ridiculum est, indignum tamen homine tolerabili, quod aut turpiter, aut impotenter dicisse : quod fecisse quendam scio, qui humiliori libere adversus se loquenti : Colaphum inquit, tibi ducam et formulam scribam, quod caput durum habeas.

Ce texte peut avoir la signification suivante : un individu, très irrité de ce qu'un inférieur lui avait manqué de respect, lui donne un soufflet et le menace de le

(1) *Inst. orat.*, 6, 3, 83. — Cf. sur ce texte : Schlossmann, *Litis contestatio*, pp. 34-35.

poursuivre en réparation du dommage causé par la blessure de sa main, qui a frappé la tête trop dure de l'inférieur (1).

Sans doute il s'agit de paroles prononcées sous l'empire de la colère. L'auteur du soufflet n'est pas dans un état normal : il est hors de lui et ses menaces prêtent à rire. Cependant il semble que cette interprétation exagère encore le ridicule de cette menace. Aussi Schlossmann a proposé de traduire *formula* par : un petit morceau d'écrit, pourvu d'un sceau (2) Je te donnerai un soufflet, déclarerait le personnage irrité, et te prouverai avec une lettre et un cachet que tu as un crâne dur.

Ces deux interprétations également admissibles entendent *formula* comme une formule écrite. C'est tout ce que l'on en peut déduire. Le sens du passage n'est pas suffisamment clair pour nous permettre d'affirmer, ici, l'existence de la formule, nécessairement écrite, dans la procédure formulaire.

C. — *Textes juridiques concernant la formule même de la procédure.* — A côté de ces textes littéraires, nous avons une masse de textes juridiques, dont la caractéristique est de se rapporter à la formule de la procédure romaine, abstraction faite de son caractère écrit ou oral.

(1) C'est ainsi que comprend Gesner dans son étude sur *Quint.*, J. O. (1738), not. 86 : *nonne enim nimis superbum, colaphum ducere, at insuper formulam accusationis, dicam scribere, quod alter caput durum habeat, et plagis poenitens?*

(2) *Formula* est pour Schlossmann un diminutif de *forma*. Or *forma* désigne : un écrit fermé d'un cachet.

Ces textes s'entendent aussi bien d'une formule écrite que d'une formule orale.

a) *Dabo iudicium*. Interprétée dans un sens corporel, cette expression signifie certainement : délivrer une formule écrite (1). Mais elle peut s'entendre également dans le sens abstrait de délivrer une formule, sans impliquer nécessairement un écrit. Les termes *dare verba* ont le sens abstrait de se moquer de quelqu'un. De plus l'expression *dabo iudicium* ressemble singulièrement aux mots : *in integrum restitutionem dabo* (2), *bonorum possessionem dabo* (3), *interdictum dabo* (4) de l'édit prétorien.

b) *Ad iudicem itur... et ibi editis formulis quaeritur*. Erman voit dans ces termes une indication que la formule était écrite. Mais, comme le disait Kübler et comme l'a confirmé depuis Trampedach, le mot *editis* n'est pas suffisant, par lui-même, pour impliquer l'idée

(1) Wlassak, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, p. 15.

(2) Cf. Schlossmann, *Litis contestatio*, p. 33 ; voy. *Dig.*, 26, 7 (*de administratione et periculo*), 1, 6. — Quant à l'expression, citée par Wlassak (*loc. cit.*), *in iudicio adiciam*, elle signifie une addition dans la formule, mais n'implique point nécessairement une formule écrite.

(3) *Dig.*, 25, 4 (*de inspiciendo ventre*), 1, 10 et 38, 14 (*ut ex legibus*), 1, pr.

(4) *Dig.*, 43, 8 (*ne quid in loco publico*), 2, pr. — De même les expressions *actio in rem scripta* ne signifient rien pour le caractère écrit de la formule du procès. Au *Dig.*, 4, 2 (*quod metus causa*), 9, 8, *cum in rem sit scripta* se rapportent à la rédaction écrite de l'*actio quod metus causa* dans l'*album* du préteur. — Et dans *Dig.*, 27, 5 (*de eo, qui pro tutore*), 1, pr., les termes *praetor actionem scripsit* font allusion à l'édit. Cf. Schlossmann, *op. cit.*, pp. 31-33.

d'écriture. Les parties communiquaient au *iudex* la formule. Cette communication pouvait être orale aussi bien qu'écrite (1).

Il resterait à examiner les expressions : *agere praescriptis verbis* (2) d'une part et *praescriptiones* (3) soit *pro actore*, soit *pro reo* d'autre part : mais, pour éviter des répétitions, nous préférons étudier la question au chapitre suivant de ce même livre, lorsque nous analyserons la signification de ces termes en eux-mêmes. Qu'il nous suffise ici d'indiquer, sans rien anticiper, que ces expressions sont indifférentes à la signification d'écriture.

CONCLUSIONS.

Ainsi l'enquête, à laquelle nous nous sommes livré, nous montre que sur le problème du caractère écrit ou oral de la formule nous ne pouvons pas nous réfugier dans des affirmations ou des négations absolues. En dehors des textes que nous avons écartés comme ne visant pas la formule, les quelques témoignages que nous avons ne nous autorisent nullement à affirmer qu'à une époque donnée l'écriture s'est substituée aux

(1) Gaius, *Inst.*, 4, 141.

(2) *Praescriptis verbis agere*, *Dig.*, 19, 5 (*de praescriptis verbis*), 19, pr.

(3) Gaius, *Inst.*, 4, 131-133. — Cf. le troisième chapitre de notre deuxième livre. Kübler (*op. cit.*) et Schlossmann (*op. cit.*) admettent que ce sont des clauses écrites, mais rejettent l'idée qu'elles sont une preuve de la formule écrite obligatoire, délivrée par le prêteur. Voy. dans le même sens Trampedach (*op. cit.*), pour qui la formule a pu devenir écrite, mais par les soins des parties.

paroles. Nos renseignements ne nous permettent pas non plus de supposer que la formule était obligatoirement écrite (1). Au contraire, les indices, même les plus favorables à l'idée d'une formule écrite, s'entendent aussi d'une formule orale. Cette question de forme n'importait pas aux Romains, qui n'ont pas laissé dans leurs ouvrages d'allusions nettes et définies sur ce problème. Elle n'était pas une condition de validité inhérente à la formule elle-même.

Tout ce que l'on peut admettre, c'est que le rôle de l'écriture pour fixer les termes de la formule et prouver l'existence et la teneur exacte de la formule a dû, là comme ailleurs, être aperçu par les Romains. Les avantages pratiques de la formule écrite n'ont pas dû leur échapper. D'ailleurs le texte de Pline et surtout celui de Quintilien qui désignent une formule écrite ne peuvent avoir un sens naturel que s'ils font allusion à la formule du procès. Il en résulte qu'à leur époque la formule pouvait avoir habituellement un caractère écrit.

(1) Lors de la généralisation de l'emploi de la formule dans la procédure, quand on a supprimé la nécessité du *sacramentum* initial, le prêteur délivrait une formule : *iudicium dabat, reddebat*. Or la fiction de ce *sacramentum* pouvait faire que la formule, qui représentait la sentence du *iudex* du *sacramentum*, avait le même caractère que cette sentence. Ce *iudicium* devait être oral. Nous n'avons pas de trace d'ailleurs que ce *iudicium* ait été écrit ; à part bien entendu les suppositions des auteurs modernes, qui considèrent l'apparition de la formule comme la cause de l'apparition de l'écriture dans la procédure civile romaine.

Mais il ne faut pas aller plus loin : l'écriture de la formule n'évoque nullement l'idée d'une nécessité juridique. En effet, l'exigence de l'écriture, suivant la pénétrante observation de Schlossmann (1), parlait où elle a été la forme requise par le droit pour un acte juridique, a laissé dans la terminologie des traces évidentes. Ainsi dans le contrat littéral les expressions : *perscribere*, *transcribere*, *nomina transcripticia*, *codices expensi et accepti* ne sont point équivoques. De même dans les dispositions testamentaires, les termes : *tabulae*, *codicilli*, *scriptus heres*, *signare*, *cancellare*, *incidere* témoignent clairement de la nécessité de l'écriture. Or, en procédure, si la formule avait eu un caractère nécessairement écrit, la terminologie nous aurait évidemment révélé à ce sujet des expressions suggestives. On sait qu'une fois la formule arrêtée dans ses termes essentiels, il était parfois nécessaire après coup de la modifier : en cas d'incapacité pour une cause quelconque du *iudex* ou d'une des parties ou bien encore en cas de changement de lieu pour le procès, qui devait être porté là et non pas ici. Ces modifications, mentionnées souvent dans les sources, n'auraient pas manqué certainement d'amener des expressions impliquant l'écriture, telles que *transcribere* par exemple, si réellement l'écriture était un trait caractéristique de la formule. Or les sources ne présentent rien à ce sujet.

(1) Schlossmann, *Litis contestatio*, pp. 30-31.

Même quand elle était facultativement écrite, la formule a dû être rédigée par le préteur. Kübler et Trampedach se fondent sur des expressions : *debenus praescribere* ou *actor praescribit, intendit* pour déclarer que les parties écrivaient elles-mêmes la formule orale, délivrée par le préteur. Cependant ces termes ne prouvent pas que l'écriture incombait aux parties. Ils font allusion aux demandes formulées par les plaideurs devant le préteur. De nos jours les actes notariés mentionnent tel acte, telle demande, telle acceptation d'une des parties, mais le notaire, à l'exclusion des parties, écrit l'acte notarié. Il n'y a pas de raison pour supposer que la formule soit écrite par un autre que par le préteur ou son *scriba*.

Mais la formule, qui était écrite, ne l'était que facultativement, à la demande des parties. Le souci de ne pas dépasser la portée des témoignages, même les plus favorables pour la formule écrite, nous amène à une prudente réserve sur le caractère nécessairement écrit de la formule, pourtant généralement admis. Mais, si nous rejetons le caractère obligatoirement écrit de la formule, nous nous séparons néanmoins de Kübler et de Trampedach (1), parce que ces auteurs admettent

(1) L'opinion de ces dissidents est plus satisfaisante cependant que l'opinion généralement admise, car elle reconnaît que la formule au début était orale. Moins absolue, leur opinion tend à marquer des étapes dans le caractère d'abord oral, puis facultativement écrit de la formule. Cependant nous ne pouvons pas suivre ces auteurs en reconnaissant que la formule a été fixée par écrit facultativement sur les soins des parties.

que la formule a pu être écrite facultativement par les parties. Nous inclinons, par conséquent, en faveur d'une formule dont le caractère, exclusivement oral au début, a pu, dans la seconde moitié du 1^{er} siècle de notre ère, devenir facultativement écrit, sous la forme d'un document, écrit par le prêteur ou par son *scriba* et remis aux parties. C'est dans cette mesure seulement que nous admettons le caractère tardivement et facultativement écrit de la formule, véritable parole du prêteur.

CHAPITRE II

DATE A LAQUELLE A PU APPARAÎTRE LA DEMONSTRATIO DANS LA FORMULE

La formule en principe était orale. Si les parties en ont demandé un document écrit au prêteur, il ne faut voir là qu'un procédé purement facultatif. Mais il nous reste à examiner une autre question pour tenter d'expliquer la transformation de l'*exceptio* du demandeur en *praescriptio pro actore*.

Gaius (1) nous cite des exemples des formules contenant une *praescriptio pro actore* :

Iudex esto. Quod A ^s A ^s	Ea res agatur, quod A ^s
de N° N° incertum stipula-	A ^s de L. Titio incertum
tus est cuius rei, dies	stipulatus est..., cuius
fuit, quidquid ob eam	rei dies fuit...
rem N ^m N ^m A° A° dare	Ea re agatur, quod N ^s
facere oportet...	N ^s pro L. Titio incertum
	fide sua esse jussit, cuius
	rei dies fuit...

Le trait commun à ces exemples consiste dans la place occupée dans la formule par la *praescriptio pro*

(1) Cf. Gaius, *Inst.*, 4, 136. 137.

actore, qui se trouve à côté de la *demonstratio* et rattachée à elle par le relatif *cuius*.

Il convient dès lors, avant de passer à l'étude de la *praescriptio pro actore*, d'examiner auparavant la date à laquelle la *demonstratio* a pu faire son apparition dans la formule. Sur ce problème deux opinions ont été soutenues : certains auteurs prétendent que la *demonstratio* est née après la loi *Æbutia* ; d'autres admettent son existence avant cette loi. Mais les uns et les autres se heurtent à des objections, qui nous ont amené à soutenir que la *demonstratio* date seulement de la loi *Æbutia*.

SECTION I. — La *demonstratio* est née après la loi *Æbutia*.

A vrai dire cette opinion n'a pas été expressément affirmée. Elle résulte pourtant implicitement du système qui attribue à la loi *Æbutia* l'introduction des formules. Du moment qu'une séparation absolue se trouve entre les Actions de la loi et la procédure formulaire, inaugurée par la loi *Æbutia*, il est naturel de conclure que la *demonstratio*, clause de la formule, a existé seulement depuis l'apparition de la formule elle-même.

Mais cette opinion, de même qu'elle ne peut expliquer l'anomalie résultant de la présence d'une *exceptio* du défendeur dans la formule de l'époque classique, est

incapable également d'éclairer les problèmes posés par la rédaction d'une formule de l'époque classique renfermant une *demonstratio*.

Un des grands mérites de M. Arangio-Ruiz a été d'établir la structure imparfaite d'une pareille formule. Avec lui nous prendrons comme exemple la formule de dépôt *in ius* : le même raisonnement s'appliquera aux autres formules contenant une *demonstratio* (1).

L'action de dépôt *in ius* est ainsi conçue (2) :

Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato, nisi restituat. Si non paret, absolvito.

Cette formule contient quatre clauses : d'abord la *demonstratio*, commençant par la conjonction *quod* avec le verbe à l'indicatif parfait pour désigner la contestation ; ensuite la conséquence juridique à tirer du fait, indiqué dans la *demonstratio*, et la détermination du critérium de l'estimation à faire : *quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona* ; en outre l'ordre de condamner : *eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato* et enfin la clause d'absolution : *si non paret absolvito*.

(1) V. Arangio-Ruiz, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, Cagliari, 1912, p. 4.

(2) Gaius, *Inst.*, 4, 47.

Or une analyse élémentaire révèle une singulière discordance dans les termes de cette formule. Le programme remis au *iudex* pouvait se résumer ainsi : « étant donné qu'*A. Agerius* a déposé chez *N. Negidius* une table d'argent..... condamne *N. Negidius*, si ce n'est pas établi, absous-le. »

Aucun homme de bon sens ne peut s'expliquer un langage aussi bizarre. Jusqu'au verbe *condemnato* la formule est très claire, la seule clause d'absolution trouble encore ici l'harmonie de la formule (1).

La proposition de la *demonstratio*, comme l'a fait remarquer très justement M. Arangio-Ruiz, est affirmative : *A. Agerius* a déposé une table d'argent chez *N. Negidius*. Le juge n'est pas appelé à vérifier ce dépôt ; la formule le lui présente comme ayant eu lieu incontestablement. Le *iudex* est uniquement invité à tenir comme acquis le fait du dépôt, pour procéder à l'estimation de l'objet déposé et condamner à l'évaluation ainsi faite le dépositaire infidèle.

Jusqu'ici la formule est parfaitement cohérente ; les clauses se tiennent les unes aux autres dans un étroit rapport.

Mais il en est autrement quand apparaissent les termes *si non paret absolvito*. Cette clause d'absolution vient ôter toute signification à ce qui précède. Le *iudex* pouvait à bon droit se demander au juste ce que la for-

(1) Cf. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 5.

mule lui commandait de faire. Il n'avait le choix qu'entre deux moyens (1) :

Ou bien s'appuyer sur les mots *si non paret* et mettre en discussion le fait même du dépôt. Alors il donnait au *quod* du début de la formule un sens conditionnel.

Ou bien se baser sur l'affirmation du dépôt, contenue dans le *quod*, et prononcer soit une condamnation soit une absolution, sans vérifier le dépôt qu'il regardait comme indiscutablement effectué. Dans ce cas il ne tenait pas compte des termes *si non paret*.

Ce dilemme, qui se posait au juge saisi d'une formule dont la fin contredisait le commencement, ne devait pas l'inquiéter outre mesure. Il savait qu'en réalité il devait vérifier le dépôt, car le *si non paret* équivalait à un *si paret* *A^m Agerium non deposuisse* et correspondait à un *si paret* (*deposuisse*) sous-entendu : s'il est établi que *A^s Agerius* a déposé ... juge condamne *N^s Negidius*.

Tout n'est pas expliqué par là : une telle formule est très curieuse. Sa rédaction, remettant en discussion un fait considéré comme hors de discussion, a amené M. Arangio-Ruiz à poser la question de l'origine d'une telle formule. Certainement on ne peut attribuer la création de la *demonstratio* à une initiative prétorienne. Il faudrait supposer au préteur une singulière maladresse et expliquer pour quelles raisons les édits posté-

(1) Cf. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 6.

rieurs, au lieu de remédier à de telles incorrections, ont fait passer ces formules dans l'édit *translativum*. Les formules sans *demonstratio* sont, au contraire, irréprochables au point de vue logique et grammatical : dans le schéma *si paret... condemna si non paret absolve* on peut admirer la parfaite concordance de la forme avec le fond, du langage avec les idées.

Les formules avec *demonstratio* par la contradiction d'un *si non paret*, placé à la suite d'un *quod... deposuit*, prouvent en réalité une survivance d'un âge ancien de la formule dans un cadre postérieurement remanié. L'opinion courante, qui admet que la loi *Æbutia* a introduit sans transition la procédure par formules à côté des Actions de la loi, ne peut tenter de résoudre la question de l'origine de la formule avec *demonstratio*. Faute de distinguer dans la procédure civile romaine les étapes du développement de la formule, elle ne rend pas compte de cette survivance de la *demonstratio* dans le schéma de certaines formules de l'époque classique.

SECTION II. — La *demonstratio* existait avant la loi *Æbutia*.

Nous trouvons naturellement ici, pour soutenir que la *demonstratio* existait avant la loi *Æbutia*, les auteurs qui consentent à admettre l'existence des formules sous

les Actions de la loi, et notamment MM. Audibert et Arangio-Ruiz.

M. Audibert (1), en examinant les formules sans

(1) Audibert (*La formule sans intentio. Mélanges P. F. Girard*, 1, 1912, pp. 35-65) a étudié la même année que M. Arangio-Ruiz les problèmes concernant la *demonstratio*. Nous exposerons sa doctrine et la comparerons ensuite à celle de M. Arangio-Ruiz.

A) M. Audibert, après avoir découvert le principe de la formule sans *intentio*, en trouve l'application dans l'action d'injures.

Principe de la formule sans *intentio*. La doctrine, unanimement admise, pense que toute formule comportait nécessairement une *intentio*. Aucune formule n'en aurait été dépourvue (Cf. Keller, *Der röm. Civilpr.*, 6^e éd., 1883, § 40, n° 458 ; Bethmann Hollweg, *Der Civilpr.*, II, 1865, p. 218, n° 4 ; Bekker, *Die process. Consumt.*, 1853, p. 38). Mais l'absolue nécessité de l'*intentio* n'est pas conforme aux textes.

Gaius déclare en effet 4, 44 : « *Demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio numquam solae inveniuntur, nihil enim omnino demonstratio sine intentione vel condemnatione valet ; item condemnatio sine demonstratione vel intentione vel adiudicatio sine demonstratione vel intentione nullas vires habet et ob id numquam solae inveniuntur*. Ainsi ni la *demonstratio*, ni la *condemnatio*, ni l'*adiudicatio* ne se trouvent seules. Laissons de côté l'*adiudicatio*. Il résulte de ce texte deux principes : d'abord il n'y a pas de *demonstratio* sans une *intentio* ou (vel étant une conjonction disjonctive) une *condemnatio* ; ensuite il n'y a pas de *condemnatio* sans une *demonstratio* ou (vel) une *intentio*. A moins de donner au mot *vel* le sens de *et*, contrairement à son sens naturel, on trouve des formules sans *intentio*. En combinant ces termes, l'on trouve les trois types suivants de formules :

a) *Intentio-condemnatio* (formule normale).

b) *Demonstratio-intentio-condemnatio* (formule *a. bonae fidei*).

c) *Demonstratio-condamnatio*.

La *demonstratio* peut ou non être suivie d'une *intentio*. Quand elle précède directement la *condemnatio*, nous avons un type de formule sans *intentio*. Et nous en avons un exemple dans l'action d'injures.

Action d'injures. — C'est une formule qui renferme entre autres clauses une *demonstratio* et une *condemnatio*, à l'exclusion d'une *intentio*. « *Quod a N° N° pugno mala percussa est,..... quantam pecuniam*

intentio, à l'aide d'un passage des Institutes de Gaius, a cru pouvoir faire l'application de sa théorie à l'action d'injures, qui aurait eu de tout temps, même sous les

vobis bonum et aequum videbitur ob eam rem N^m N^m A° A° condemnari, tantam pecuniam.... condemna, si non paret absolve ». Il n'y a pas d'*intentio* ; la clause : *quantam-condemnari* n'est pas l'*intentio* : c'est une clause estimatoire. Or rien dans cette clause n'exprime qu'un droit appartient au demandeur ou qu'un fait s'est produit. Il y est dit simplement que le juge aura le pouvoir d'apprécier, en tenant compte de l'équité, le montant de la condamnation. Dans les actions de bonne foi les mots *quidquid ob eam rem N^m N^m A° A° dare facere oportet ex fide bona* (action *depositi in ius* par exemple) sont une *intentio* et posent la question au juge de savoir si le demandeur est créancier en vertu de la bonne foi. Mais ici la clause estimatoire vise uniquement l'estimation que devra faire le juge. Elle se rattache à la *condemnatio*. Dans les actions à *adiudicatio* : *quantum adiudicari oportet iudex adiudicato* personne ne verrait (Gaius, 4, 42) une *intentio* dans les mots : *quantum adiudicari oportet*. Or ici la clause *quantam-condemnari* est à la *condemnatio* ce que les mots *quantum adiudicari oportet* sont à l'*adiudicatio*.

Quant à la clause d'absolution : *si non paret absolve*, il est vraisemblable d'admettre qu'elle ne figurait pas dans la formule. Ces mots sont en effet la contre-partie d'une *intentio* et subordonnent l'absolution à une condition inverse de celle à laquelle l'*intentio* subordonne la condamnation. Ils appellent donc un *si paret*, une *intentio*. Ici l'*intentio* n'existait pas ; le préteur disait seulement : « juge condamne le défendeur à une somme que tu auras à fixer d'après l'équité ». Le juge n'avait donc pas à absoudre. Seulement, et bien que le juge n'ait pas dans la formule le droit d'absoudre, il pouvait absoudre, quand l'équité le demandait, car qui peut condamner peut absoudre, ainsi qu'il résulte de deux textes de l'époque classique (Paul, *Dig.*, 42, 1 (*de re iudicata.*), 3 ; Ulpien, *Dig.*, 50, 17 (*de diversis regulis iuris antiqui*), 37).

B) Comparaison de cette doctrine avec celle de M. Arangio-Ruiz. Toutes deux arrivent à concevoir la formule sans *intentio*, en invoquant les deux textes de Gaius (*Inst.*, 4, 44 *vel* disjonctif et 4, 42 *adiudicatio* servant de nom à la clause entière *quantum adiudicari oportet iudex Titio* (3) *adiudicato*). Cf. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 10. Mais ils se séparent sur deux points : le type de la formule des

Actions de la loi, une *demonstratio*. L'auteur en tire argument pour affirmer que l'*intentio*, regardée par l'opinion courante comme une clause indispensable à la formule, peut être absente de la formule, réduite dès lors à une *demonstratio* et à une *condemnatio*. M. Arangio-Ruiz a envisagé la question sous un angle beaucoup plus large. C'est lui qui le premier a fait ressortir clairement l'anomalie des formules avec *demons-*

actions de bonne foi et la clause d'absolution. Tandis que M. Audibert conserve l'*intentio* dans les actions de bonne foi et leur prête la structure : *demonstratio-intentio-condemnatio*, M. Arangio-Ruiz, au contraire, établit que ces actions de bonne foi n'ont pas d'*intentio*. Les mots : *quidquid ob eam rem N^mN^mA^oA^o dare facere oportet ex fide bona* sont une clause estimatoire et déterminent le critérium, dont le juge devra s'inspirer pour l'estimation de la condamnation. Ces termes se rattachent donc à la condamnation, quoi que dise Gaius (*Inst.*, 4, 33. 54. 131^a). Il y a deux types de formules (Arangio-Ruiz, *op. cit.*, pp. 7-13) :

a) *Intentio-condemnatio*.

b) *Demonstratio-condemnatio*.

Quant à la clause d'absolution, M. Arangio-Ruiz la conserve, tandis que M. Audibert la supprime. Gaius la cite d'ailleurs dans l'action *depositi in ius* (4, 47). Son existence n'est donc pas douteuse ; c'est elle qui crée cette anomalie, que M. Arangio-Ruiz a été le premier à signaler. Mais est-il bien exact de dire que des formules sont sans *intentio* ? En laissant de côté la terminologie de Gaius, puisque sur ces matières elle est pleine de contradictions, nous croyons que l'*intentio* dans les formules avec *demonstratio* se trouve dans la *demonstratio*. M. Arangio-Ruiz, lui-même, déclare (*op. cit.*, p. 6) que le juge devra faire une enquête au sujet du contrat de dépôt. C'est donc que le *quod* affirmatif a en réalité un sens conditionnel de *si paret*. M. Audibert, en supprimant la clause *si non paret absolve*, devra pourtant reconnaître la même explication dans l'action de dépôt *in ius*, où la formule commence par *quod* et finit par *si non paret absolve*. La *demonstratio* renferme donc l'*intentio*. La structure d'une telle formule, posant, en termes affirmatifs, ce qui pourtant est discuté, ne peut s'expliquer que par l'histoire.

tratio. Il a tenté ensuite de découvrir l'origine de ces formules contenant une *demonstratio*. Malgré les résultats très intéressants auxquels ce célèbre historien est arrivé, nous croyons cependant pouvoir lui adresser quelques objections.

§ 1. — Exposé de la doctrine de M. Arangio-Ruiz.

Pour cet auteur, ces formules ont leur source dans la *legis actio per iudicis postulationem*, avant la loi *Æbutia*. Elles trouvaient leur application au cas où, les parties étant d'accord sur l'existence matérielle d'un rapport protégé par la loi, il était nécessaire de procéder à la sanction légale au moyen d'une procédure d'adjudication ou d'estimation.

Le programme, débattu *in iure* devant le magistrat, ne faisait allusion à la question litigieuse que pour affirmer l'accord des parties à son sujet. Le *iudex*, sur la base de cet accord qu'il n'avait pas à vérifier, devait faire soit une adjudication, soit une estimation. La clause de condamnation et d'absolution ne se trouvait pas dans le programme à soumettre au *iudex* ; ce dernier ne pouvait prononcer ni la condamnation ni l'absolution du défendeur, puisqu'il n'examinait pas la question de principe du litige. La formule, commençant par la *demonstratio* (le *quod* affirmatif), exposait qu'en vertu du dépôt, dont l'existence n'était pas discutée par les parties, celles-ci demandaient uniquement une

estimation de l'objet déposé. Une telle formule était claire et très simple. Elle comprenait une *demonstratio* et une clause d'*aestimatio* (1).

Plus tard, lorsque la formule servit à résoudre la question litigieuse elle-même, les parties, au lieu de présenter par un *quod* affirmatif leur accord sur le principe du litige, soumirent dans la formule la question de fond elle-même, en outre de celle du montant de la réparation à accorder. Les formules sans *demonstratio* : *si paret... condemna, si non paret absolve* apparaissent avec une structure parfaite dans leur forme alternative.

Cette apparition d'un type nouveau de formule, soumettant au *iudex* une affaire purement contentieuse, exerça une réaction sur la rédaction de la formule primitive avec *demonstratio*. Les pouvoirs du juge, restreints originellement à une estimation, s'élargirent, pour connaître du litige lui-même.

La substitution à l'ancienne clause d'estimation *iudex aestimato* de la clause nouvelle de condamnation et d'absolution : *eius iudex-absolvito* fut réalisée dans les formules avec *demonstratio* (2). On considéra désor-

(1) Arangio-Ruiz, *op. cit.*, pp. 51-69, où l'auteur décrit l'origine des formules avec *demonstratio*.

(2) Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 64. — La substitution de la double clause de condamnation et d'absolution à la clause ancienne d'estimation dans les formules avec *demonstratio* laisse deux faits inexplicables : 1° d'abord le nom unique de *condemnatio* conféré à la clause de condamnation et à la clause d'absolution. Comment pourrait-on

mais comme ouverte la question fondamentale, que la *demonstratio* donnait en apparence comme résolue. Le *quod* affirmatif prend un sens conditionnel de *si paret*, pour correspondre au *si non paret absolve* nouvellement ajouté. Et tandis que les nouvelles formules *si paret condemna, si non paret absolve*, apparaissaient avec une structure logique, les anciennes formules avec *demonstratio*, portant la trace de cette substitution, devenaient incohérentes.

admettre que le nom de *condemnatio* ait été donné à cette double clause ? Si ces deux pouvoirs de condamner et d'absoudre ont été ajoutés dans la formule en même temps l'un que l'autre, il semble que là comme ailleurs les Romains auraient indiqué (*condemnatio-absolutio*) cette double clause. Mais nous constatons que le terme *condemnatio*, à l'époque classique, concerne et la condamnation et l'absolution. Ne faut-il pas plutôt admettre que la formule originale ne comprenait qu'une clause de condamnation, à l'exclusion d'une clause d'absolution ? Ultérieurement, lors de l'addition de la clause d'absolution, le mot *condemnatio*, déjà entré dans l'habitude du langage, se serait appliqué alors et en plus à la clause d'absolution (Cf. *suprà*, p. 38) ; 2° ensuite l'anomalie de la formule avec exception du défendeur. Cette anomalie (Cf. *suprà*, pp. 45-66) résulte de ce que l'*exceptio* se trouve uniquement devant la clause de condamnation, alors que l'exception aurait dû reparaitre également dans la clause d'absolution. Si les termes *condemnatio-absolutio* sont tous deux du même âge et ont été introduits dans la formule en même temps, l'anomalie de la formule avec exception ne peut pas s'expliquer autrement que par l'idée d'une innovation prétorienne, de date récente, dans le cadre, déjà constitué, de la formule. Or cette explication n'en est pas une. M. Arangio-Ruiz semble peut-être trop affirmatif en déclarant (Cf. *op. cit.*, p. 15) que dans les formules sans *demonstratio*, même dans celles qui contiennent des fictions, des transpositions de condamnation, des exceptions, des répliques, des dupliques, il faut admirer la singulière précision de chaque clause et de l'ensemble qui en résulte : car ce n'est pas le cas pour la formule contenant une exception.

Ainsi s'explique la contradiction, relevée dans les termes de la formule avec *demonstratio*, à l'époque classique. Cette formule, originellement destinée à l'estimation du litige, fut plus tard adaptée à une fin différente, pour sanctionner le principe de la discussion. Et cette adaptation, cause de la bizarrerie de la formule, se fit, conformément à l'esprit conservateur des Romains, en respectant au delà des limites du raisonnable la particularité des modèles anciens.

§ 2. — Critique de cette opinion.

Sans se laisser barrer la route par des textes de l'époque classique, M. Arangio-Ruiz, en suivant la voie indiquée par M. Huvelin (1), a recherché l'origine historique de la formule dans le développement interne de la *legis actio* elle-même. L'anomalie de la formule avec *demonstratio*, qu'il a le premier mise en lumière, lui en a fourni l'occasion.

Mais, en admettant la *demonstratio* comme un élément primitif de la formule, M. Arangio-Ruiz se heurte à un passage de Gaius très important, parce qu'en plus de l'appréciation de ce jurisconsulte, ce texte mentionne la controverse, qui s'est élevée entre les juristes de son époque, à propos de la *demonstratio*.

Les uns soutenaient, et du nombre était Gaius, que

(1) Huvelin, *L'arbitrium liti aestimandae et l'origine de la formule*, *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 319-354.

la *demonstratio* exprimait purement et simplement une affirmation, indiscutée et indiscutable. Les parties déclaraient dans la *demonstratio*, non pas une question sujette à être contestée, mais une supposition de faits. Dès lors la *demonstratio* ne déduisait par elle-même aucune question litigieuse. C'est ce qui ressortait de la structure grammaticale de la *demonstratio* : le *quod... deposuit* est affirmatif et présente le dépôt comme ayant eu lieu incontestablement.

Les autres, peut-être des Sabinien, admettaient au contraire que la *demonstratio* déduisait en justice la question présentée, en apparence, comme résolue. Le fait juridique indiqué dans la *demonstratio* est discuté par les parties ; il donnera ou non lieu à l'estimation du dommage, suivant que le *iudex* reconnaîtra ou non les prétentions du demandeur pour fondées.

L'intérêt de cette controverse n'est pas seulement théorique. La question de la *plus petitio* est intimement liée au parti que l'on adopte sur la nature de la *demonstratio*. Si l'on reconnaît avec Gaius le principe : *demonstratio nihil in iudicium deducitur*, il est clair que l'on refuse à la *plus petitio* toute influence sur une *demonstratio*. D'où la conséquence suivante : *falsa demonstratione rem non perimi*.

Si l'on soutient au contraire que la *demonstratio* pose une question litigieuse, *aliquid intendere* devient alors synonyme de *aliquid demonstrare*. La *plus petitio* entraîne l'extinction du droit déduit en justice.

Une *demonstratio* exagérée subit le même sort qu'une *intentio* exagérée. Cette dernière opinion, combattue par Gaius (1), est ainsi mentionnée :

Sed nos apud quosdam scriptum invenimus, in actione depositi et denique in ceteris omnibus, ex quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum qui plus quam oporteret demonstraverit, litem perdere : veluti si quis una re deposita duas pluresve se deposuisse demonstraverit, aut si is, cui pugno mala percussa est, in actione iniuriarum etiam aliam partem corporis percussam sibi demonstraverit (2).

(1) Cf. Gaius, *Inst.*, 4, 60.

(2) Ce texte se réfère aux actions *in ius* avec *demonstratio* et aux actions infamantes en général. Il est intéressant de grouper ici d'une part les actions infamantes et d'autre part les actions renfermant une *demonstratio*.

Actions infamantes.

Iniuriarum.
Furti.
Bonorum vi raptorum.
Doli.
Depositum (directa).
Pro socio.
Mandati (directa).
Tutela (directa).

(Cf. Gaius, *Inst.*, 4, 182 et loi Julia de 709, ligne 111. — Il y a aussi l'action de *fiducie in factum*.)

Actions avec demonstratio.

Iniuriarum.
Empti-venditi.
Locati conducti.
Mandati.
Pro socio.
Tutela.
Ex stipulatu.
Rei uxoriae (discutée).
Confessoria legis Aquiliae.
Confessoria ex testamento.
Formule arbitraire des interdicts.
Negotiorum gestorum.
Depositum. Commodatum. Praescriptis verbis.

Certains auteurs ajoutent : la *condictio incerti* (Savigny, *Traité*, 5, App. 14, p. 596) et les actions divisoires (Arangio-Ruiz, *op. cit.*,

Or, il est évident que si certains Sabinien reconnaissent à la *demonstratio* de l'action *depositi, iniuriarum*, en général d'autres actions infamantes, la fonction de poser une question litigieuse, ils interprétaient la clause *quod... deposuit* contrairement à la lettre de l'affirmation contenue, en apparence, dans ces termes. Ils attribuaient au *quod* affirmatif, le sens conditionnel sous-entendu de *si paret... deposuisse condemna*, qui correspondait à la clause expresse : *si non paret absolvetur*. La logique l'emportait sur une forme embarrassée et contradictoire.

Et, ce qui pour nous est intéressant à relever, c'est que, si des jurisconsultes combattus par Gaius admettaient la possibilité d'une *plus petitio* dans la *demonstratio*, nous avons là une preuve que cette *demonstratio*, en réalité, n'est qu'une ancienne *intentio in factum* transformée. Si une *demonstratio* exagérée entraîne une *plus petitio* et par conséquent l'extinction du droit déduit en justice, il faut nécessairement supposer que la *demonstratio* représente une ancienne *intentio*.

Mais alors, nous nous séparons de M. Arangio-Ruiz. La *demonstratio* n'est pas un élément primitif de la formule. Elle a été précédée par l'*intentio*.

pp. 43-45) dans les actions renfermant une *demonstratio*.

Il résulte de ce tableau que les actions infamantes, contenant une *demonstratio*, peuvent être les suivantes :

a. a. : *iniuriarum, mandati (directa), depositi (directa), pro socio et tutelae (directa)*.

SECTION III. — La demonstratio a été créée
par la loi Æbutia.

Le programme de l'*arbitrium liti aestimandae*, nous le savons, comprenait, outre la nomination du juge, une sorte d'*intentio*, éventuellement une clause arbitraire et des *exceptiones*, puis enfin une clause de condamnation à l'exclusion d'une clause d'absolution.

Or, dans l'*intentio* de ce programme figurait une double indication pour le *iudex liti aestimandae* : d'abord l'affirmation du fait établi dans le *sacramentum* initial, ensuite la conséquence juridique à en tirer, c'est-à-dire l'estimation du litige. Cette *intentio* renfermait alors, à côté de la question de fait résolue, une question de droit à résoudre. Et, dès l'instant que la question fondamentale était tranchée *per sacramentum*, l'*intentio* ne pouvait pas être conditionnelle. Le *iudex*, après avoir vérifié l'identité matérielle de cette question avec celle tranchée dans le *sacramentum*, ne pouvait que condamner le *iudicatus*, à l'estimation qu'il fixerait.

Mais nous savons que la loi Æbutia, en généralisant l'usage de la formule, a dispensé les parties de mettre en mouvement la procédure initiale du *sacramentum* et conféré au *iudex liti aestimandae* le pouvoir d'examiner au fond le droit litigieux. La formule acquiert alors une forme conditionnelle et s'adjoint une clause

nouvelle, la clause d'absolution : *si non paret absolve*.

L'effet de la loi *Æbutia* a été de rendre autonome l'*arbitrium liti aestimandae* jusque-là dépendant d'un *sacramentum*. Cependant, et c'est ce qu'il ne faut pas perdre de vue, le *sacramentum* initial, qui était entièrement supprimé, était regardé comme fictivement accompli.

Le préteur, dans la procédure simplifiée nouvelle, en délivrant une formule, rendait la sentence du *iudex* du *sacramentum*. La question de fait, qui auparavant était réellement tranchée *per sacramentum* et faisait l'objet de la première partie de l'*intentio* du programme de l'*arbitrium*, fut désormais réputée résolue par la sentence (*iudicium*) du préteur. Mais, comme, en réalité, le magistrat n'avait pas lui-même le pouvoir de connaître le fond de la question litigieuse, il délivrait une formule pour introduire, cette fois réellement, une instance indépendante devant le *iudex*, chargé d'examiner le fond du litige, d'évaluer le dommage et de condamner ou d'absoudre le défendeur, qui apparaissait dans la formule comme déjà fictivement condamné.

Et, pour concilier l'effet de cette fiction du *sacramentum* avec la réalité de sa suppression effective, la formule nouvelle présenta par un *quod* affirmatif les faits sensés établis dans le *sacramentum* fictif, et par un *si non paret* l'indication qu'en réalité ces faits, nullement déjà vérifiés par le préteur, devaient être soumis entièrement à l'examen du *iudex*.

Ainsi, par une fiction chère aux Romains, la formule devint incohérente en la forme, tant au point de vue de la logique qu'au point de vue grammatical. Le souci de dissimuler leurs innovations et de les abriter sous des formes, susceptibles de s'accorder avec le maintien apparent des traditions, explique l'apparition de la *demonstratio*.

Grâce à cette interprétation, nous pouvons tenter d'expliquer un certain nombre de questions soulevées à propos de la formule avec *demonstratio*, telles que la nature de la *demonstratio*, les discussions soulevées au temps du Labéon et de Gaius à son sujet, et l'assujettissement de la *demonstratio* aux règles de la *plus petitio*.

La nature de la *demonstratio* se découvre aisément. Le *quod... deposuit* est affirmatif. Il représente la clause introductive de l'*arbitrium*, approuvée par le *iudex* du *sacramentum*. Le programme nouveau, délivré aux parties, donnait au *iudex* de la procédure nouvelle, comme première indication, le prétendu résultat de ce *sacramentum* fictif. Mais, comme le *sacramentum* en réalité n'avait pas eu lieu, le programme ajoutait *si non paret, absolve*. Or ce *si non paret* correspondait à un *si paret* exprimé dans la conjonction affirmative *quod*. Dès lors *quod* avait deux sens : l'un en apparence affirmatif, un autre réel : interrogatif indirect.

Ces jeux de mots n'ont rien de surprenant. Ils cachent le désir de masquer de véritables innovations

sous des mots consacrant des idées traditionnelles (1).

La *demonstratio* apparaît comme une véritable *intentio*, destinée à poser au juge la question litigieuse présentée en apparence comme déjà tranchée.

Mais, si *quod* a ainsi un double sens et annonce une question litigieuse, la controverse, élevée à l'époque classique entre les jurisconsultes Labéon, Gaius et d'autres, est toute naturelle. Ces juristes avaient perdu de vue l'origine de ce *quod* et pouvaient fort bien discuter sur son sens exact. Pris à la lettre, ce *quod* grammaticalement est affirmatif et annonçait un exposé de faits, sur lequel les parties paraissaient d'accord ; aucune contestation sur les faits n'était soumise au juge. Interprété logiquement, ce *quod*, en ayant pour corrélatif le *si non paret*, était conditionnel : les parties soumettaient un conflit au juge qui devait vérifier les faits visés dans la *demonstratio* et estimer le dommage.

Les jurisconsultes, à l'époque de la controverse mentionnée par Gaius, avaient oublié la raison première de ce *quod* affirmatif, renversé par un *si non paret*. Mais le *iudex* ne devait pas être embarrassé ; comme le dit M. Arangio-Ruiz, il savait qu'il lui incombait de faire

(1) Ainsi sur le mot *iudicium* signifiant d'abord sentence, jugement, puis formule, instance (Cf. *suprà*, pp. 40-41). Ainsi encore sur les mots *ope consilioque*, s'appliquant à l'auteur principal du vol et grâce auxquels la Doctrine romaine a construit peu à peu la théorie de la complicité, en donnant à ces termes un sens nouveau (Cf. Huvelin, *Etudes sur le Furtum dans le très ancien droit romain*, 1, 1915, p. 385 et ss.).

une enquête au sujet des faits indiqués dans la *demonstratio*.

L'application des règles de la *plus petitio* (1) à la *demonstratio*, qui n'est qu'une *intentio* transformée, s'explique tout naturellement. En réalité, malgré le changement de nom, la question litigieuse est exprimée par la *demonstratio* et soumise au *iudex*. Une exagération de la demande contenue dans une *intentio* ou une *demonstratio* devait produire son effet normal : l'extinction du droit déduit en justice.

En trouvant la *demonstratio* de la procédure sim-

(1) Arangio-Ruiz, *op. cit.*, pp. 11-14. — Pour cet auteur : les *quidam*, dont parle Gaius, 4, 60 et qui considéraient la *demonstratio* comme une véritable *intentio*, sont des Sabinien. — Mais les Proculien et la plupart des Sabinien étaient partisans du respect de la signification apparente de la *demonstratio* et considéraient la *demonstratio* comme une clause conçue en termes affirmatifs, et sur laquelle les parties ne faisaient pas porter leur contestation ni leur discussion. — On trouve encore à un endroit une trace de la controverse engagée, entre les premiers jurisconsultes classiques au sujet de la *demonstratio*, dans la formule arbitraire de la procédure des interdits pour le *iudicium calumniae decimae partis* : Gaius (*Inst.*, 4, 163) dit en effet : « ... *quamquam Proculo placuit denegandum calumniae iudicium ei qui arbitrum postulaverit, quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere. Sed alio iure utimur, et recte; potius enim ut modestiore via litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur.* » Proculus voit là encore dans la *demonstratio* de la formule une affirmation indiscutée. La majorité des juristes au contraire (*sed alio iure utimur*) se détachait ici de la lettre, en affirmant ce qu'elle n'avait pas voulu affirmer dans la doctrine de la *plus petitio*, à savoir que la *demonstratio* servait à déduire en jugement le rapport juridique controversé. Ainsi la *demonstratio*, dont on perdait de vue à l'époque de ces jurisconsultes la longue histoire, était l'objet de discussions partiales, incertaines et contradictoires de la part des juristes.

plifiée nouvelle dans la fiction d'un *sacramentum*, nous conservons également à la *demonstratio* de l'époque de Labéon et de Gaius son caractère de survivance, si bien analysé par M. Arangio-Ruiz. De plus nous tenons compte du passage de Gaius, qui établit que l'*intentio* a pu se transformer en *demonstratio*. Cette transformation est toute naturelle : elle est due à la réforme de la procédure civile romaine, amenée par la loi *Æbutia*, qui, sans aucunement supprimer les Actions de la loi, a introduit définitivement les formules. Sans doute les formules avec *demonstratio* ne sont pas nées toutes en même temps ; certaines au contraire sont tardives et se sont élaborées en suivant le modèle d'autres actions antérieures (1). Leur échelonnement peut difficilement être fixé dans le temps (2). Si nous pouvions émettre

(1) Cf. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, pp. 15-30.

(2) Parmi les actions avec *demonstratio*, se trouve l'action *praescriptis verbis*, sur la nature de laquelle il y a eu de nombreuses discussions. Cependant, grâce aux travaux récents de M. Audibert (*Les différents noms de l'action praescriptis verbis*, *Mélanges Gérardin* 1907, pp. 20-42 ; *L'expression civilis in factum et son caractère byzantin*, *Mélanges Fitting*, 1907, 1, pp. 35-58), il semble que cette action ait toujours revêtu un caractère civil. Les expressions : *praescriptis verbis in factum* (*Dig.*, Ulpien, 19, 5, *de praes. verbis*, 13, 1 ; Gaius, *h. t.*, 22, 1 ; Africain, 24, 1) ne peuvent pas faire passer l'action *praescriptis verbis* pour une action *in factum*. De même les expressions équivoques : *civilis in factum* rencontrées trois fois au Digeste (Papinien, *h. t.*, 1, 1. 2 ; 5, 2) ne peuvent pas faire perdre à l'action *praescriptis verbis* son caractère civil. Cette action commence par une *demonstratio* (*praescripta verba*) et renferme une *intentio in ius*. M. Lenel (*Edictum*, § 112) aboutit à la même conclusion. M. Debray (*N. R. H.*, 33, 1909, pp. 101-103), en critiquant l'opinion de M. Audibert, envisage aussi de cette manière la formule de cette action. — Mais l'action

une conjecture, nous dirions que les actions avec *demonstratio* se sont développées dans une période, qui a commencé avec la loi *Æbutia* et fini avec les deux lois *Juliae*, qui ont définitivement aboli en l'année 737 de Rome les Actions de la loi. Ce que nous retenons en tout cas, c'est que la *demonstratio* a fait son apparition dans la formule, après avoir été précédée par l'*intentio*, ou plutôt par la partie *in factum* de l'*intentio* du programme de l'*arbitrium lili aestimandae*.

praescriptis verbis appartient-elle au droit classique ? M. Audibert ne le croit pas. D'abord cette expression *actio praescriptis verbis* est d'une latinité douteuse (Cf. Gradenwitz, *Interpolationen*, pp. 123-145). Un ablatif absolu ne peut correctement s'employer qu'avec un verbe. (*Contra* Naber, *Mnemosyne*, N. S. XXII, 1894, p. 70 et ss. ; Schlossmann, *Praescriptiones und Praescripta verba*, p. 29, n. 1). Ensuite la périphrase : *utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat* (Cod., 2, 4, 6, Antonin. a. 230) montre qu'au III^e siècle de notre ère l'expression *actio praescriptis verbis* n'est pas encore usitée. — Il en est autrement des mots *agere praescriptis verbis*, qui désignent un mode d'agir préconisé par Labéon pour les *nova negotia* (Dig., Ulpien, 18, 1 (*de contrah. emptione*), 50 ; Ulpien, 19, 5 (*de praes. verbis*, 19, 1). Les expressions : *Labeo scribit ..*, *Labeo ait* attribuent à ce jurisconsulte la paternité des termes *agere praescriptis verbis*. Ce droit d'*agere p. v.* daterait de Labéon et concernerait des actions civiles à *demonstratio*, sanctionnant les contrats innomés. Or Labéon est mort entre 768 et 775 (15 et 22 ap. J.-C.). Cf. sur ce point : Huvelin, *Etudes sur le Furtum*, 1, 1915, p. 741, n. 1, sur l'*actio praescriptis verbis* ; Pokrowsky, *Die Actiones in factum des classischen Rechts*, Z. S. St., 16, 1895, pp. 80-95, où l'auteur examine l'expression *civilis in factum* et croit à l'addition par les compilateurs du mot *civilis* au terme *in factum* ; Perozzi, *Istit.*, 2, p. 278 et ss. ; Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 22 ; Beseler, *Beiträge zur Kritik der röm. R. squellen*, 2, 1911, pp. 138-142.

CHAPITRE III

LA SIGNIFICATION DE PRAESCRIPTIO-PRAESCRIBERE ET LA DATE DE SON APPARITION DANS LA DEMONSTRATIO

Du moment que la formule n'était pas obligatoirement écrite et qu'elle n'a compris la *demonstratio* que depuis la loi *Æbutia*, il nous reste, une fois ces données acquises, à rechercher comment la *praescriptio pro actore*, élément de la *demonstratio*, a remplacé l'*exceptio*, élément de l'*intentio*. Nous examinerons, dans cette intention, la signification de *praescriptio-praescribere* et tenterons ensuite de situer son apparition dans l'histoire de la procédure civile romaine.

SECTION I. — Signification de *praescriptio-praescribere*.

Cette signification a été interprétée en sens divers par les auteurs. Elle est très importante car elle concerne le problème oral ou écrit de la formule. Et, comme jusqu'à ces vingt dernières années, on admettait sans discussion la littéralité de la formule, on inclinait naturellement en faveur de l'idée que *praescriptio* signifiait

écrit en tête de la formule. Mais, depuis ces vingt dernières années, le caractère écrit de la formule a été vivement contesté et le terme *praescriptio* a trouvé chez les auteurs d'autres significations.

Avant d'indiquer notre opinion, nous devons examiner succinctement l'essentiel de la doctrine traditionnelle et celui de l'opinion dissidente.

§ 1. — Opinion traditionnelle.

Les auteurs, à la suite de Keller (1), voyaient dans la formule un programme écrit, délivré aux parties par le préteur. Ce programme écrit, datant de la loi *Æbutia*, a remplacé les *legis actiones* orales. La *praescriptio*, pour eux, est un écrit en tête de la formule. Et l'existence de ces *praescriptiones* était un des arguments décisifs de leur opinion sur l'écriture de la formule.

Ce qui est écrit en tête d'une formule ne peut, en effet, qu'appeler une autre partie écrite, qui est placée sous la *praescriptio*. *Prae* et *scriptio*, entendus au sens local, ne peuvent pas s'interpréter autrement. Et, leur conception sur l'écriture elle-même de la *praescriptio*, en tête de la formule, reposait sur ce passage de Gaius, 4, 132 :

« Praescriptiones autem appellatas esse ab eo quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est. »

(1) Keller, *Ueber Litiscontestation und Urtheil*, 1827, p. 4 ; *Der römische Zivilprozess*, § 23.

Pour la majorité des auteurs, *praescribere* signifie *écrire en tête de la formule*, implique le caractère écrit de la formule elle-même et ne crée aucune différence entre les *praescriptiones pro actore* et les *praescriptiones pro reo* (1).

§ 2. — Opinion dissidente.

Les auteurs, au nombre de deux surtout, H. Krüger et Schlossmann, qui critiquent l'opinion traditionnelle, se sont placés à des points de vue différents (2).

Krüger, adversaire de la formule écrite, soutient que *praescribere* est synonyme de *prae finire* et signifie *limiter, restreindre*. Par là, cet auteur élimine la valeur de *praescribere*, dont se sert l'opinion courante en faveur de la formule écrite. Une restriction, une limitation s'entend fort bien d'une formule orale et ne préjuge ni de son propre caractère écrit, ni de la littéralité de la formule elle-même.

Mais, comme le dit Schlossmann (3), cette signification de limiter ne pourrait convenir qu'aux *praescriptiones pro actore* ; elle ne peut s'appliquer ni aux *praescriptiones pro reo*, qui excluent pour toujours ou pour un certain temps la discussion, ni aux *praescripta verba*, qui sont une *demonstratio* (4). Sans doute

(1) Girard, *Manuel* ⁵, p. 1029.

(2) H. Krüger, *Z. S. St.*, 26, 1905, p. 543 et ss. ; Schlossmann, *Praescriptiones und Praescripta verba*, Leipzig, 1907.

(3) Schlossmann, *op. cit.*, pp. 8.9.

(4) Cod. 2, 4, 6 (Antonin. a. 230) : *utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat*.

l'expression *praescriptis verbis agere* désigne un exposé de faits et, à ce titre, limite le débat fixé par cet exposé de faits. Mais ce n'est là qu'une conséquence indirecte. L'exclusion de tout ce qui n'a pas trait à l'exposé de fait est réalisée indirectement. On constitue les éléments du débat d'abord et, par voie de conséquence, tout ce qui n'en est pas se trouve par là même exclu. Dès lors ce n'est pas une exclusion formelle de telle et telle circonstance, c'est une définition de l'objet litigieux. La *demonstratio* expose le litige, c'est son vrai but.

Autrement, toute *intentio in factum*, toute *demonstratio* serait une *praescriptio*, une limitation. Krüger va jusque-là et reconnaît que Gaius a bien ce sens en vue, quand il dit : *ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis* (1) : ce qui est *praescriptio* est inséré au lieu d'une *demonstratio*. La *praescriptio* se substitue à la *demonstratio*. Mais Gaius ne dit rien de semblable : il donne des exemples de *praescriptiones* dans la *demonstratio*. Par conséquent l'une ne se substitue pas à l'autre. Il est plus exact de dire : la *praescriptio* est ou bien une *demonstratio*, ou bien une partie de la *demonstratio*, de sorte qu'elle se place dans la formule à l'endroit même où se place la *demonstratio*. Et, même dans le cas où les *praescripta verba*, qui sont une *demonstratio*, se placent à l'endroit où se

(1) Gaius, *Inst.*, 4, 136.

met la *demonstratio* dans la formule, on ne peut pas accepter l'idée de substitution de Krüger. On ne remplace pas Pierre par Pierre : c'est une seule et même notion. On ne peut accepter l'une pour la substituer à l'autre.

Krüger soutient encore que *praescribere* veut dire limiter, restreindre à l'aide d'un autre argument : ce verbe, dit-il, est absolu. Son complément est à sous-entendre. Ce ne peut être *verba* trop vague. C'est l'*intentio* qui est limitée.

Mais pour les *praescriptiones pro reo*, rien n'est limité. Et dans *praescriptis verbis agere*, c'est *verba* qui est complément.

Ainsi la doctrine de Krüger, qui combat l'opinion dominante, s'accorde cependant avec elle pour donner aux *praescriptiones*, soit *pro actore*, soit *pro reo*, une même signification. Mais elle n'est pas exacte pour l'ensemble des cas de *praescribere*. Bien mieux, même pour les *praescriptiones pro actore*, elle ne lève pas tous les doutes.

Schlossmann est le deuxième auteur qui, après Krüger, a proposé une traduction de *praescribere*, n'impliquant pas nécessairement le caractère écrit de la formule. Après avoir vigoureusement attaqué le dogme de la littéralité de la formule, cet auteur est revenu sur la question, en consacrant aux *praescriptiones* et aux *praescripta verba* un opusculé entier.

Il est d'accord avec Krüger sur deux points : la for-

mule est orale et les *praescriptiones* s'entendent d'une formule orale, mais il se sépare de Krüger sur la signification de *praescribere*, en combattant le sens de *limiter*, donné par Krüger à ce verbe latin. Ses arguments sont ceux que nous avons utilisés, aussi, dans la critique de l'opinion de Krüger.

Schlossmann apporte un argument de plus contre cet auteur. *Praescribere* ne peut avoir le sens de limiter, puisque Térence :

« Tute ipse his rebus finem praescripsti pater » (1)

ajoute au verbe *praescribere* un complément direct : *finem*, pour lui donner la signification de limiter.

Mais ce ne saurait être un argument décisif : en effet, *praescribere* aurait pu garder le sens de limiter, alors qu'autrefois il lui fallait le complément *finem* pour exprimer la même idée. Les langues nous offrent souvent cette constatation : deux mots indiquent une idée, puis l'un de ces mots disparaît et la même idée est exprimée par l'autre mot, qui, à lui seul, hérite du sens contenu dans les deux termes primitifs.

Schlossmann, dans la partie positive de son ouvrage, construit une doctrine originale sur la signification de *praescribere*. Pour cet auteur, ce verbe a une double signification. S'il s'applique au défendeur, il a le sens d'*objecter* à et provient de l'influence de la rhétorique grecque, où *παραγράφειν* avait la même signification.

(1) *Andr.*, vers 151 (éd. Dziatzko).

Παραγράφειν a été traduit en *praescribere*. S'il s'applique au demandeur, il doit être pris dans son sens étymologique d'écrire. Mais le préfixe *prae* est entendu au sens temporel. L'opinion traditionnelle admet un écrit en tête d'un autre écrit. Schlossmann reconnaît au contraire un écrit précédant la lecture orale de la formule. Quelque chose qui suit un *praescriptum* n'est pas nécessairement écrit. On peut écrire avant de parler. Ainsi la *praescriptio pro actore* est un écrit et la formule est orale (1).

La thèse de Schlossmann a ceci de juste qu'elle distingue nettement les *praescriptiones pro actore* et les *praescriptiones pro reo*. Les unes limitent l'objet de l'action et concernent le demandeur ; les autres sont des moyens de défense. On ne saurait passer sur cette différence de fond, capitale (2), pour donner à *praescribere* un sens unique. Il est nécessaire d'établir une distinction.

Mais les autres remarques de Schlossmann sont d'une véritable ingéniosité : elles s'efforcent de mettre en harmonie la conception de l'auteur sur l'oralité de la formule avec le caractère écrit, qu'il attribue à la *praescriptio pro actore*.

Il recourt à deux hypothèses pour tenter cette délicate conciliation : l'une tirée de la place occupée par

(1) Cf. Schlossmann, *op. cit.*, pp. 10-16 et 18-24.

(2) Cf. Pissard, *Les questions préjudicielles en droit commun*, pp. 116-117.

cette clause dans l'édit du préteur, l'autre du caractère accidentellement écrit de la formule (1).

D'abord *praescriptio* impliquerait l'idée d'une clause écrite pour une raison bien simple. Elle devait être rédigée, comme les autres formules ou parties de formules, sous une forme schématique, dans l'album du préteur. Puis un certain nombre de formules, dans lesquelles les *praescriptiones* étaient ordinairement employées pour éviter une erreur de droit, ont été écrites dans l'édit avec ces clauses écrites en tête. Et, bien que dans le procès ces clauses aient été prononcées oralement comme la formule elle-même, elles paraissaient dans l'édit comme étant écrites avant la formule. C'est de là que leur nom serait venu. Dans un procès le nom de *praescriptio* aurait désigné l'emploi de ces clauses, bien que cet emploi, purement oral, n'eût pas exigé de forme écrite.

A la vérité, nous avons peine à comprendre pourquoi les *praescriptiones pro actore*, seules parmi les autres clauses renfermées dans l'édit, seraient appelées ainsi uniquement à raison de la place qu'elles occupaient dans l'édit. De plus, si ce nom leur a été donné par le préteur, il est vraisemblable de croire qu'il a eu en vue moins la place écrite de ces clauses dans l'édit par rapport aux formules écrites dans l'édit qu'un sens dérivé de leurs fonctions : limiter ou recommander. Enfin,

(1) Schlossmann, *op. cit.*, pp. 22-24.

si ces clauses précédaient dans l'édit le corps de la formule, le préfixe *prae* a une signification locale. Or, Schlossmann exclut ce sens local pour conférer à ce *prae* une acception temporelle.

Cette première hypothèse, invraisemblable, ne s'accorde nullement avec l'idée fondamentale de l'auteur.

Schlossmann donne une autre hypothèse au sujet de la littéralité de la *praescriptio pro actore*. La formule n'avait de valeur que si elle était récitée oralement par les parties devant le *iudex*. D'autre part le prêteur leur délivrait verbalement la formule, après en avoir arrêté la teneur avec le concours des plaideurs. Mais il était très possible que l'usage de noter facultativement par écrit les paroles du prêteur se soit peu à peu introduit. Le *scriba* inscrivait la *praescriptio* en tête de la formule écrite. De cette manière la *praescriptio pro actore* était écrite en tête de la formule écrite. Seulement elle était, comme la formule elle-même, prononcée à haute voix par les parties devant le *iudex* (1).

Cette hypothèse, pas plus que l'autre, n'est admissible. Comment supposer en effet qu'un trait purement

(1) Il est très curieux de constater que Schlossmann, après avoir réfuté tous les arguments susceptibles de prouver une formule écrite (*Litis contest.*, pp. 29-36) en vienne à concéder (*Praescriptiones*, pp. 22. 49) l'existence d'une formule facultativement écrite par les parties avec le concours du *scriba* du prêteur. On s'attendrait plutôt de sa part à une conclusion catégorique en faveur d'une formule qui aurait toujours été exclusivement orale, sans avoir connu, à aucune époque de la procédure civile romaine, un caractère écrit, même facultatif.

accidentel, comme l'écriture facultative de la formule et de la *praescriptio*, ait pu donner un nom technique à une clause dont l'efficacité véritable était subordonnée à sa prononciation par les parties *in iudicio*? D'autre part, là encore, l'auteur donne un sens local à *prae*. Sans doute la *praescriptio pro actore* est écrite avant d'être récitée oralement, mais elle est également écrite en tête de la formule, d'après l'opinion de Schlossmann.

Ce qui ressort le plus clairement de l'étude de cet auteur sur la *praescriptio pro actore*, c'est que Schlossmann, en considérant la *praescriptio* du demandeur comme une clause écrite, ne pouvait rester fidèle à sa conception de la formule orale du procès qu'en faisant nécessairement des concessions (1) à l'idée de la formule écrite. Assurément, il ne voit dans l'usage d'écrire la formule et la *praescriptio* du demandeur qu'une habitude purement facultative, mais il ne pouvait pas moins faire pour tenter de concilier une *praescriptio* qu'il suppose écrite avec une formule qu'il croit orale.

Telles sont les deux opinions dissidentes sur les *praescriptiones pro actore*. Comme l'opinion traditionnelle, les doctrines de Krüger et de Schlossmann ont aperçu un côté de la *praescriptio pro actore*. Mais, faute d'avoir dépouillé les diverses significations de *praescri-*

(1) Et ces concessions sont assez nettement exprimées, d'abord dans sa *Lilis contestatio*, pp. 28. 29. 31. 32 ; ensuite dans *Praescriptiones und Praescripta verba*, pp. 17. 18. 22. 23. 49. 50, où elles sont précisées davantage.

bere envisagé de la part du demandeur, elles ont assis leur base sur des argumentations incomplètes. En ne prenant chacune qu'un sens de *praescribere*, elles ont abouti à des conséquences, dont le peu de netteté se ressent de l'insuffisance des recherches.

§ 3. — Notre opinion.

Les opinions émises sur les *praescriptiones pro actore* n'ont pu donner que des vues, justes dans le détail, mais incomplètes et inexactes dans l'ensemble, parce que fragmentaires.

Aussi, pour pénétrer la signification de *praescribere* devons-nous examiner le sens de ce verbe latin aux différentes époques de l'histoire ancienne du droit romain. Les significations successives qu'il a pu prendre nous aideront à repérer dans l'histoire les notions qu'il a pu successivement renfermer.

Terminologie de *praescriptio-praescribere*.

A vrai dire, nos recherches sur ce terme ont été moins fructueuses que notre étude sur le verbe *excipere*. Nous avons trouvé bien peu de fois ce mot. Seuls, Térence, Varron, Cicéron, Quintilien et Tacite nous ont laissé des témoignages intéressants.

Térence nous fournit une seule référence :

« Tute ipse his rebus finem praescripsti pater » (1).

(1) *Andr.*, vers 151 (éd. Dziatzko).

Ici le sens de *praescribere* est : tracer, dessiner, fixer d'avance la limite.

Varron nous donne cette référence (1) :

In emptionibus iura utimur eo, quo lex praescripsit. in ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt.

Ici : *lex praescripsit* signifie la loi a déterminé, indiqué d'avance.

Cicéron nous fournit de nombreux exemples de *praescriptio-praescribere* (2).

A) *Praescriptio*. — a) *Règle limitative*. — Haec ideo diligentius inducitur praescriptio, ut.. (3).

Dum modo illa in hoc genere praescriptio.. teneatur (4).

Quamquam in hac praescriptione semihorae patroni mihi partes reliquisti (5).

b) *Intitulé titre*. — A quibus ei locus primus in indice et in praescriptione legis concessus est (6).

B) *Praescribere*. — Nous trouvons deux sens, très voisins l'un de l'autre du reste : *indiquer au préalable ; ordonner, prescrire*.

(1) *Rerum rusticarum*, 2, 2, 5 (éd. Keil).

(2) Nous avons suivi surtout Merguet, *Lexikon zu den Reden des Cicero*, III (L-P), 1882, p. 738, et *Handlexikon zu Cicero*, 1905, p. 550. — Le dictionnaire des ouvrages philosophiques, consulté, ne nous a pas donné d'indications supplémentaires pour le sens de *praescribere*.

(3) Inv. 1, 32.

(4) Cael. 42.

(5) Rabir. 6.

(6) Agr. 2, 22.

a) *Indiquer, déterminer au préalable.* — Si... mihi praescribat quem ad modum meum ius persequar (1).

Hoc praescribetur (2).

Ut maiorum iura moresque praescribunt (3).

Quibus.... praescribis quanto illis probo futurum sit, si te defenderint (4).

Qui plura etiam effundet quam tu ei domi ante praescripseris (5).

Id quod vis nominis ipsa praescribit (6).

Ut eius oratio... videretur.. iuventuti rei publicae capessendae auctoritatem disciplinamque praescribere (7).

Quae (paena) ne in ipsa quidem rogatione praescripta est (8).

b) *Ordonner, prescrire.* — Tibi inde iam praescribo, ne tuas sordes cum clarissimorum virorum splendore permisceas (9).

Praescriptum tibi cum esset.... quemadmodum iudices inter sículos dares (10).

(1) Caecin. 8.

(2) Caecin. 76.

(3) Font. 46.

(4) Vatin. 5.

(5) Flacc. 23.

(6) Caecin. 96.

(7) Sest. 14.

(8) Dom. 83.

(9) Vatin. 13.

(10) Uerr. 2, 40.

Ut... Mamertinis in ipso foedere ... praescriptum sit, ut navem dare necesse sit (1).

Qui mos praescribit in parentum loco questoribus suis praetores esse oportere (2).

Ne hoc omnibus... praescribatis, ut confligendum sibi et armis decertandum putent (3).

Praescribere..... se arbitrabatur, ut sine studiis dissensionis sententiae dicerentur (4).

Ita sibi ab his... esse praescriptum, ut equitatum in Italiam quam primum mitterent (5).

Cum... Antonio ut occuparet Etruriam praescriberetur (6).

Sin hoc... etiam beluis natura ipsa praescripsit, ut omnem semper vim... a vita sua propulsarent (7).

Si hoc iudici praescriptum lege aut officio putatis (8).

Facile intellexi... et quid de me iudicaretis et quid aliis praescriberetis (9).

Les conclusions à tirer de cette étude de terminologie sur *praescriptio-praescribere* sont intéressantes.

Le sens primitif de ce verbe ne peut être qu'une

(1) Uerr. 5, 50.

(2) Planc. 28.

(3) Caecin. 46.

(4) Dom. 131.

(5) Catil. 3, 9.

(6) Sulla. 53.

(7) Milo. 30.

(8) Font. 22,

(9) Imp. Pomp. 2.

allusion à un écrit préliminaire. *Praescribere* est en effet un composé du verbe *scribere*. A l'origine ce terme a dû nécessairement désigner un rapport avec l'écriture. Mais nous devons remarquer qu'à l'époque de Térence, les sens dérivés existaient déjà à côté de ce sens originaire.

Varron et Cicéron se servent de *praescribere* pour désigner soit une indication préalable, soit un ordre ou une prescription. Or ces deux acceptions sont assurément très voisines l'une de l'autre. Elles évoquent l'idée de limiter. L'allusion à la nécessité d'une écriture n'est pas exprimée par ce mot. Les sens dérivés prennent de plus en plus d'extension.

Dans les œuvres de Quintilien le même sens de *fixer*, *réglementer*, *déterminer d'avance* se rencontre plusieurs fois :

Neque errabit... neque extra praescriptum poterit egredi (1).

Est enim rhetorice res prorsus facilis ac parva, si uno et brevi praescripto contineretur (2).

Eo modo, quem accusator actione, praescripserit (3).

Num praescriptum eius rei ullum est ? (4)

Neque enim est una lex defensionis certumque praescriptum (5).

(1) Inst. orat., I, 1, 27.

(2) Inst. orat., 2, 13, 2.

(3) Inst. orat., 4, 1, 32.

(4) Inst. orat., 9, 4, 117.

(5) Inst. orat., 4, 2, 84.

Omnis denique disciplinae initia ad propositum sibi praescriptum formari videmus (1).

Sic nobis et initia et quod sequitur, natura ipsa praescribit (2).

C'est à peine si Tacite entend encore *praescribere* dans le sens originaire de : *écrire au-dessus, écrire en tête, écrire auparavant* :

Eoque diplomatibus nullum principem praescripserunt (3).

Dixitque pro sententia, ut — monumentis ad memoriam temporum, non consulum nomina praescriberentur, sed eorum qui tribuniciam potestatem gererent (4).

Cn. Pompeius, Magni pater, cuius praeclara opera bello Marsico —, ut praescripsimus, usa erat respublica (5).

Le sens des expressions juridiques *praescripta verba* et *praescriptiones* s'éclaire singulièrement. Ces termes ne font pas allusion à un écrit. *Praescripta verba* signifient : mots préposés, indiqués au début ; *praescriptiones* : indications préalables. Même si l'on veut croire Gaius, qui déclare que les *praescriptiones* doivent leur nom : *ab eo quod ante formulas praescribuntur* (6),

(1) Inst. orat., 10, 2, 2.

(2) Inst. orat., 10, 3, 15.

(3) Tacitus, *Hist.*, 2, 65.

(4) Tacitus, *Ann.*, 3, 57.

(5) Ce texte est de Velleius Paterculus, 2, 21, 1.

(6) Gaius, *Inst.*, 4, 132. Il faut en effet remarquer que, lors de la constitution de la *praescriptio* juridique, les sens dérivés dominaient depuis longtemps.

cette raison n'implique pas une forme nécessairement écrite. Les *praescriptiones* sont indiquées au début de la formule ; peu importe leur caractère écrit ou oral.

Cette signification s'accorde avec les données que nous fournit l'histoire sur la littéralité ou l'oralité de la formule. Nous n'avons jamais trouvé de traces qu'à un moment donné l'écriture se soit substituée aux paroles dans la formule. Les témoignages littéraires, qui visent une *formula*, peuvent s'entendre de documents écrits autres que celui de la formule du procès. Les textes juridiques, qui concernent la formule de la procédure, s'expliquent aussi bien avec une formule orale qu'avec une formule écrite. Peut-être la formule a-t-elle été écrite (1), mais ce ne fut qu'en vertu d'une habitude facultative. On ne concevait guère qu'un nom technique fût donné à une clause, précisément parce que cette clause, accidentellement, a pu être écrite en tête de la formule.

Les *praescripta verba* indiqués au début fixaient, déterminaient d'avance le débat. Ils jouaient le rôle d'une *demonstratio* qui exprimait la question litigieuse, devant servir de base ensuite à l'estimation du litige. De même les *praescriptiones pro actore* déterminaient d'avance au juste ce qui devait faire l'objet du procès.

Ainsi *praescripta verba* et *praescriptiones* n'évoquent pas nécessairement, comme le suppose l'opinion

(1) Cf. *suprà*, pp. 159. 164. 166, à cause du texte de Quintilien, *Inst. orat.*, 6, 3, 83.

courante et comme l'admet Schlossmann, l'idée d'une écriture quelconque. Quand ils se trouvaient dans une formule écrite, l'écriture coïncidait sans doute avec la désignation de la *praescriptio pro actore*. Mais ce n'était en tout cas qu'une simple coïncidence. Leur nom ne révèle aucun écrit.

SECTION II. — Date à laquelle a pu apparaître dans la formule la *praescriptio pro actore*.

Après avoir fixé le sens de *praescribere*, il nous reste à examiner la date vers laquelle a pu apparaître dans la formule la *praescriptio pro actore*, en remplacement de l'*exceptio* primitive du demandeur.

Nos recherches comprendront l'analyse de la *praescriptio pro actore* à l'époque de Gaius, puis porteront ensuite sur l'époque à laquelle ces éléments sont apparus.

La *praescriptio pro actore* à l'époque de Gaius est un élément de la *demonstratio*, à laquelle elle se rattache par un pronom relatif *cuius*, et, de plus, elle est annoncée par les termes : *ea res agatur*.

Il n'apparaît pas que la *praescriptio pro actore* soit un élément de la *demonstratio*. Sans doute Gaius nous le déclare dans les *Institutes* aux paragraphes 136 et 137 (1) et nous en donne des exemples. Mais aux para-

(1) Gaius, *Inst.*, 4, 136 : *Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praes-*

graphes 131 et 131^a (1) le même auteur nous cite la *praescriptio* comme un élément se suffisant à lui-même : *ea res agatur cuius rei dies fuit* ; *ea res agatur de fundo mancipando*.

Comment peut-on concilier ces textes ? La tâche est d'autant plus délicate que le manuscrit de Véronne a 23 lignes illisibles à l'endroit où peut-être l'explication allait être fournie. Il semble toutefois qu'il n'y ait pas là deux sortes de *praescriptiones pro actore*. Autrement, si *ea res agatur cuius rei dies fuit* était une *praescriptio* distincte de celle incluse dans la *demonstratio*, cette clause n'aurait guère de sens. Les mots *cuius rei* sont au génitif singulier et doivent servir de complément déterminatif à un nom. Or, si la clause *ea res agatur cuius rei dies fuit* se suffisait à elle-même, on ne pourrait trouver que les termes *ea res* qui fussent susceptibles d'être déterminés par *cuius rei*. Que voudrait dire *ea res* ? Une allusion à l'*intentio* de la formule ? Mais l'*intentio* n'est pas encore exprimée. Et puis, pourquoi répéter *cuius rei*, au moment même où les deux mots *ea res* viennent à peine d'être énoncés ?

criptio inserta sit loco demonstrationis hoc modo : iudex esto. Quod A. Agerius de N. Negidio incertum stipulatus est, cuius rei dies fuit. Quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet et reliqua. Le paragraphe 137 donne encore un exemple de formule, où la *praescriptio* est insérée dans la *demonstratio* (Cf. *suprà*, p. 167).

(1) Gaius, *Inst.*, 4, 131 : ... *necesse est ut cum hac praescriptione agamus : ea res agatur cuius rei dies fuit*, 4, 131^a ... *debemus... praescribere : ea res agatur de fundo mancipando.* — Cf. Girard, *Manuel*⁵, pp. 553. 719.

S'il n'y a pas deux genres distincts de *praescriptiones pro actore*, l'on pourrait proposer l'explication suivante. Dans les paragraphes 131 et 131^a, Gaius examinerait l'utilité de *praescribere* pour le demandeur, puis citerait la clause entière. Bref, il étudierait la *praescriptio in abstracto*. Plus loin, aux paragraphes 136 et 137, après avoir fait allusion aux *praescriptiones pro reo*, Gaius (1) reviendrait aux *praescriptiones pro actore* et donnerait alors l'application de ces dernières en nous montrant leur place et leur rôle dans la formule du procès. Il les considérerait *in concreto*. Leur étude théorique précéderait l'examen de leur application. Il en résulterait que la *praescriptio pro actore* serait un élément de la *demonstratio* et insérée dans la formule, comme Gaius l'indique d'ailleurs formellement au paragraphe 136. Il n'y aurait qu'un seul genre de *praescriptio pro actore*, dont la fonction serait de déterminer parmi les prétentions du demandeur celle qui fait l'objet du procès.

La *praescriptio pro actore* d'autre part s'annonce par trois mots *ea res agatur* placés devant la *demonstratio*, à laquelle se rattachent ensuite les termes *cuius rei dies fuit*. Ces mots ne nous sont point inconnus.

Nous rencontrons en effet des expressions (2) voi-

(1) Comp. Wlassak, *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 89.

(2) Sur ces expressions, comp. Wlassak, *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 105, n. 4.

sines : *qua de re agitur* dans des formules, dans celle du dépôt *in ius* par exemple.

Quod A^s A^s apud N^m N^m mensam argenteam deposuit, *qua de re agitur*...

et dans des stipulations, citées par Varron (1) :

Emptor stipulatur prisca formula sic : « illasce oves *qua, de re agitur*, sanas recte esse... spondesne » ?

Mais ces termes *qua de re agitur* ne sont pas synonymes de ceux-ci : *ea res agatur*. Sans doute les deux verbes sont au passif. Mais l'un *agitur* n'a pas de sujet ; il est impersonnel. Le complément indirect à sous-entendre serait : *a litigantibus*. L'autre au contraire *agatur* a un sujet : *ea res*. C'est là que gît la difficulté. On ne peut pas dire en effet que l'affaire est agie ! Le meilleur, croyons-nous, est d'entendre *agere* dans le sens juridique de plaider.

Tels sont les traits caractéristiques de la *praescriptio pro actore*, qui est un élément de la *demonstratio* et contient les termes *ea res agatur* (2). L'*exceptio* du demandeur au contraire n'est pas précédée des termes *ea res agatur*, de plus elle est une partie de l'*intentio*. La question de cette transformation n'est pas insoluble.

Ea res agatur se trouve placé devant la *demonstratio*. Le sens de *praescribere* est : indiquer au début, fixer

(1) *Rerum rusticarum libri tres*, II, 2, 6 (éd. Keil).

(2) Il faut remarquer en effet que les termes *ea res agatur* se trouvent à tous les paragraphes où Gaius traite des *praescriptiones pro actore* (4, § 131, § 131^a, § 137), sauf au paragraphe 136.

d'avance, déterminer d'avance : il exprime particulièrement la fonction de la *praescriptio pro actore*. Et cette fonction est indiquée dans un passage de Cicéron, renfermant justement les termes *ea res agatur* et *praescribere* (1) :

Omnis autem in quaerendo, quae via quadam et ratione habetur oratio praescribere primum debet, ut quibusdam in formulis ea res agatur, ut, inter quos diss eritur, conveniat, quid sit et de quo disseratur.

L'auteur du *De finibus* montre l'utilité pour l'orateur de *praescribere*. Après avoir dit qu'un orateur, qui parle trop abondamment, risque de ne pas donner à ses auditeurs une instruction fructueuse, Cicéron déclare qu'il convient de *praescribere* comme on le fait dans les formules *ea res agatur* pour convenir, entre les personnes participant à la discussion, de l'objet et de la nature de la discussion.

Ce texte est intéressant sous deux rapports. Il met en relief la fonction de *praescribere* et accuse l'existence d'une *praescriptio pro actore* au début du VIII^e siècle, à l'époque de la rédaction du *de finibus* en 709.

§ 1. — Fonction de *praescribere*.

Cicéron n'a pas évidemment pour but de nous révéler si la *formula* ou le *praescribere* étaient écrits. Il s'agit

(1) Cicéron, *de fin.*, 2, 1, 3. — Cf. sur ce texte Schlossmann, *Praescriptiones und Praescripta verba*, pp. 10-13 ; Wlassak, *Z. S. St.*, 33, 1912, pp. 101, n. 3. 102, n. 2.

d'une discussion orale et de l'utilité de *praescribere*. Il est évident que pour éviter aux interlocuteurs de s'égarer dans la discussion ou de parler à tort et à travers, il faut *praescribere*, c'est-à-dire indiquer au début, déterminer au début, fixer au début le terrain de la discussion. *Ea res agatur* rend particulièrement bien l'idée d'une indication préalable. Ces termes, associés à l'idée de *praescribere*, n'en sont que le complément nécessaire. Par eux, le litige est indiqué et fixé dans ses termes essentiels.

On comprend aisément que l'indication préalable de la question litigieuse était pour le moins aussi nécessaire dans un procès que dans une discussion scientifique. Cette nécessité devenait même impérieuse dans les formules à *demonstratio*, où nous rencontrons seulement la *praescriptio pro actore*.

La *demonstratio*, créée par la loi *Æbutia*, exposait la question litigieuse sous une forme affirmative. Il semblait que la question fût déjà résolue. Mais la clause *si non paret* faisait clairement voir que le *quod* affirmatif de la *demonstratio* avait un sens conditionnel et laissait ouverte la question présentée en apparence comme résolue (1).

Ce jeu de mots sur ce *quod* devait nécessairement amener l'addition des termes *ea res agatur* devant la *demonstratio*, quand on a voulu prendre dans la ques-

(1) Cf. *suprà*, pp. 176-190.

tion litigieuse, exposée dans cette *demonstratio*, un élément seulement pour en faire l'objet unique du procès. Le demandeur mettait ainsi en relief le caractère litigieux de la *demonstratio* et indiquait au préalable la seule question qui devait faire l'objet du procès. Le litige était ainsi fixé.

La *praescriptio pro* (1) *actore* rappelle alors singulièrement une institution en vigueur de nos jours devant les tribunaux. Les conclusions déposées entre les mains des juges sont analogues aux *praescriptiones pro actore*. Elles résument les prétentions des plaideurs et sont destinées à exposer la question litigieuse et à la fixer dans ce qu'elle a d'essentiel, en la dégageant de tout ce qui ne fait pas partie du procès actuel. Or la *praescriptio pro actore* définissait au juste ce qui dans la question litigieuse devait être soumis à l'examen du *iudex*.

§ 2. — Existence de la *praescriptio pro actore* à l'époque de Cicéron.

Cicéron n'attire pas seulement l'attention sur la nécessité de *praescribere*, il indique encore, par son allusion aux formules de la procédure, l'existence de la

(1) Les auteurs n'ont pas examiné la signification de l'expression *pro actore*. *Pro* peut avoir deux sens bien distincts : d'abord *au titre de* ; ensuite *à la place de*. Les deux sens conviennent à l'époque de Cicéron à la fonction de la *praescriptio* et accusent l'origine de la *praescriptio pro actore*, qui provient du style des avocats.

praescriptio pro actore avec la clause caractéristique : *ea res agatur*. Or nous savons qu'en 663, époque de la rédaction du *de Oratore*, la conclusion du demandeur s'appelait *exceptio* (1). Le rapprochement de ces deux noms démontre que l'époque de Cicéron a été la période de transition entre la *vetus atque usitata exceptio : cuius pecuniae dies fuit* du demandeur et la nouvelle *praescriptio* du demandeur.

Cette déduction se trouve confirmée par l'étude des mots *exceptio-excipere*, au temps de Cicéron, et par l'apparition de la *demonstratio*. La signification du verbe *excipere* se déforme et tend à désigner de plus en plus un empêchement, un obstacle. Il fallait un terme nouveau, susceptible de mieux rendre l'idée de la conclusion du demandeur. D'autre part l'apparition de la clause *ea res agatur* est nécessitée par la signification équivoque de la *demonstratio*. Mais la clause *cuius rei dies fuit* n'a pas changé de place dans la formule. Originellement située à côté de l'*intentio*, à laquelle elle était rattachée par le pronom relatif *cuius*, elle s'est maintenue au même endroit. Mais, comme l'*intentio in factum* s'est transformée, sous l'effet de la loi *Æbutia*, en une *demonstratio*, la clause *cuius rei dies fuit* se trouva réunie par le même relatif *cuius* à la *demonstratio*, qui n'était en réalité qu'une *intentio*.

(1) Cf. *suprà*, p. 77 et ss.

*
* *

Ainsi l'*exceptio* du demandeur devint une *praescriptio pro actore*. L'idée d'écriture, contrairement à ce que l'opinion courante admet, est complètement indifférente à la *praescriptio*. Les sens dérivés de *praescribere*, qui n'impliquaient plus l'idée d'écriture, étaient déjà reçus dans la langue latine. Térence nous les indique déjà. La *praescriptio pro actore* porte un nom, qui résulte de ses fonctions, comme les autres clauses de la formule (1). Elle provient du langage des avocats et joue le rôle d'une conclusion du demandeur. Son caractère écrit ou oral, dépendant à son tour de celui de la formule, n'avait aucune importance dans l'appellation, que nous lui rencontrons déjà au temps de Cicéron.

(1) Si l'on donne la signification d'écrire en tête de la formule au verbe latin *praescribere*, la *praescriptio pro actore* reçoit un nom, qui est tiré, non pas de ses fonctions, comme les autres clauses de la formule, mais seulement du caractère écrit, que l'on reconnaît à la *praescriptio*, et de la place occupée par cette clause en tête de la formule. Quoi que puisse dire Schlossmann (*Praescriptiones und Praescripta verba*), p. 10, il y a là une inconséquence, qui s'explique d'autant moins que, seule de toutes les autres clauses de la formule, la *praescriptio* n'aurait pas un nom dérivé de ses fonctions.

LIVRE III

RESTRICTION PROGRESSIVE DE L'EXCEPTIO ET APPARITION DE LA PRAESCRIPTIO PRO REO

Le terme *exceptio*, d'une acception si large au début de l'histoire romaine, puisqu'il désignait à la fois les restrictions du demandeur et les réserves du défendeur, est devenu de plus en plus étroit. Après avoir, en effet, laissé en dehors de lui les restrictions du demandeur, qui se sont appelées par la suite *praescriptiones pro actore*, ce mot n'a plus désigné qu'un moyen de défense, une exception du défendeur seul, au sens où les jurisconsultes classiques et nos auteurs modernes l'ont toujours entendu.

Cependant, nos auteurs, s'ils donnent à l'*exceptio* de l'époque classique la signification de moyen de défense, ne partagent pas du tout notre opinion sur l'âge ancien de ce moyen de défense. Pour eux, en effet, la *praescriptio pro reo* aurait été la source de ces *exceptiones* du défendeur, qui sont les plus récentes.

Nous ne pouvons admettre cette thèse, puisque nous croyons que l'*exceptio* du défendeur existait, dès les temps reculés de la *legis actio per iudicis postulatio-*

nem, dans la formule de l'*arbitrium liti aestimandae*. Dès lors, la *praescriptio pro reo*, au lieu d'avoir donné naissance aux *exceptiones* du défendeur, est simplement une institution réservée au défendeur, apparue tardivement au cours du développement de l'*exceptio* du défendeur, sous des influences à déterminer.

Ainsi nous prenons position contre l'opinion dominante et, pour préciser notre doctrine, nous classerons nos arguments sous trois chefs principaux :

1° Etude de la restriction de l'*exceptio* à l'époque classique ;

2° Examen critique de l'opinion courante sur la prétendue antériorité de la *praescriptio pro reo* sur l'*exceptio* du défendeur ;

3° Recherche d'une solution sur la *praescriptio pro reo*.

CHAPITRE PREMIER

RESTRICTION DE L'EXCEPTIO

Nous n'avons que peu de considérations à émettre sur le sens du terme *exceptio*, à l'époque classique. La plupart des romanistes reconnaissent en lui la désignation de moyen de défense, ayant ce double trait caractéristique d'être une clause de la formule soumise au *iudex*, et de neutraliser le droit du demandeur, même strictement fondé.

Cependant nous ajouterons quelques arguments pour prouver qu'à l'époque classique l'*exceptio* ne pouvait s'entendre exclusivement que du défendeur (1). Nous

(1) Il y a cependant des *exceptiones*, dont le nom *exceptio* est récent. Ce sont des clauses spéciales. Ainsi l'*exceptio vitiosae possessionis* sanctionne une clause très ancienne (Cf. Girard, *Manuel*⁵, p. 278) puisque Térence déjà y fait une allusion non douteuse (*Eun.*, 2, 3, 27). Le nom *exceptio*, donné à cette clause tardivement, la met à part. Le demandeur doit prouver l'absence de vices de sa possession vis-à-vis du défendeur. De même l'*exceptio non adimpleti contractus*, encore inconnue aux temps de Varron (*De re rust.*, 2, 2, 6) et de Labéon (Ulpien, *Dig.*, 4, 3 (*De d. m.*, 7, 2), oblige le demandeur à prouver qu'il a exécuté sa propre prestation avant de réclamer à son adversaire l'accomplissement de la sienne.— Ainsi ces deux *exceptiones* ont pour effet de mettre le fardeau de la preuve du fait, allégué par le défendeur, à la charge du demandeur (Cf. Girard, *Manuel*⁵, p. 534, n. 4), tandis que les *exceptiones* ordinaires laissent au défendeur le soin de prouver le fait justificatif par lui invoqué : *reus in excipiendo fit actor*.

nous baserons sur les termes *exceptio-excipere*, contenus dans les ouvrages des auteurs littéraires et des jurisconsultes classiques.

1° *Auteurs littéraires.* — Déjà la terminologie de Cicéron nous avait révélé que les mots *exceptio-excipere* signifiaient : *exclure, empêcher, interdire*, et que cette signification tendait à prévaloir sur le sens primitif et toujours existant de : *tirer de, retirer de*. C'est ainsi qu'à côté de la *vetus atque usitata exceptio : cuius pecuniae dies fuit*, qui convenait au demandeur, Cicéron appelle *exceptio* le moyen de défense, basé sur la déduction antérieure du droit en justice (1).

Mais de plus en plus le sens d'*exclure, se débarrasser de*, prédomine dans la langue latine. Chez les Sénèque (2) et en particulier chez Sénèque le Philosophe (3) nous rencontrons le terme *exceptio* pour la désignation d'échappatoires.

Quantum potes ergo, mi Lucili, reduc te ab istis exceptionibus et praescriptionibus philosophorum.

Dans les ouvrages de Quintilien nous trouvons plusieurs fois *exceptio-excipere* pour désigner une exclusion. L'idée d'accueillir, de tirer à soi, recevoir, est aussi exprimée.

(1) Cf. *suprà*, p. 77 et ss.

(2) Dans les œuvres de Sénèque le Rhéteur, nous trouvons *exceptio-excipere* cités quelquefois. Ainsi : *Controv.*, IX, 4 : *in lege excipitur. Sed multa, quamvis non excipiantur, intelleguntur... Quid interest legem excipere, ne...* (Ed. Bornecque).

(3) *Ep.*, 48.

A) *Excipere*. — Le sens d'exclure se trouve dans les passages suivants :

Quod is aprum, quem ipsi muneri obtulerat, exceptum esse a se venabulo confessus est (1).

Excepto si obscena nudis nominibus enuncientur (2).

Separare quaedam... et excipere aliqua (3).

Exceptis quae non docendi gratia, sed ornandi narrantur (4).

Exceptis de quibus dixi (5).

Le sens de recevoir, accueillir est aussi exprimé :

Verba... risu et osculo excipimus (6).

Sic animi puerorum quantum excipere possint (7).

Hi non satis esse credunt, excepisse quae relictæ erant (8).

Vel excepta parvulorum indicia (9).

Quemadmodum C. Caesar Pomponio ostendenti vulnus ore exceptum in seditione Sulpicianæ (10).

Ore excipere liceret (11).

(1) Inst. orat., 4, 2, 17.

(2) Inst. orat., 8, 3, 38.

(3) Inst. orat., 9, 2, 63.

(4) Inst. orat., 9, 4, 127.

(5) Inst. orat., 10, 1, 9.

(6) Inst. orat., 1, 2, 7.

(7) Inst. orat., 1, 2, 28.

(8) Inst. orat., 2, 1, 2.

(9) Inst. orat., 5, 7, 36.

(10) Inst. orat., 6, 3, 75.

(11) Inst. orat., 9, 4, 79.

Excipimusque nova illa, velut nascentia, cum favore ac sollicitudine (1).

L'idée de tirer de, saisir, est aussi traduite par le verbe *excipere* :

Nec moduletur, aut musicis modis cantica excipiat (2).

Negligentia excipientium in quaestum notariorum corruptae (3).

At idem ille, qui excipit, si tardior in scribendo (4).

Semperque nostram vocem provisa et formata cogitatio excipiat (5).

B) *Exceptio*. — Ce nom désigne soit une réserve, soit une exclusion :

Sed exceptionibus peccat (6).

Cui si brevitatis exceptionem detraxeris (7).

Quisquis, sine exceptione (8).

Disertus et verbis inhaerebit, in quibus nulla exceptio est (9).

Ainsi les auteurs littéraires laissent apparaître le sens d'exclure, mettre à part. Sans doute l'idée de rece-

(1) Inst. orat., 10, 1, 16.

(2) Inst. orat., 1, 12, 14.

(3) Inst. orat., 7, 2, 24.

(4) Inst. orat., 10, 3, 20.

(5) Inst. orat., 10, 7, 8.

(6) Inst. orat., 2, 15, 36.

(7) Inst. orat., 6, 3, 104.

(8) Inst. orat., 7, 1, 50.

(9) Inst. orat., 7, 1, 58.

voir, recueillir, tirer à soi, est aussi exprimée par ce terme. Mais l'ensemble des passages étudiés fait voir que de plus en plus le terme *excipere* s'adapte à la situation de celui qui subit une attaque et l'exclut aussitôt.

2° *Jurisconsultes classiques*. — Ici les textes sont d'une précision rigoureuse. Les mots *exceptio-excipere* ont un sens technique. Les indications sont nombreuses. Nous nous bornerons à citer quelques-unes d'elles, suffisamment claires et probantes, sur la personne qui se sert de l'exception et sur l'effet de l'exception, tant à l'égard du défendeur que du demandeur.

De très nombreuses expressions font ressortir que l'exception est une arme défensive. Les locutions *exceptione se tueri, defendere potest* sont courantes à l'époque classique. Les expressions *opponit exceptionem, exceptione utitur, exceptionem obicit, excipit* établissent que l'exception est une riposte (1). D'autre part cette riposte émane du défendeur, comme le dit expressément Gaius (2) : *omnis exceptio obicitur... a reo*.

L'effet de l'exception à l'égard du défendeur est de provoquer son absolution. La riposte n'a d'effet que parce qu'elle présuppose l'affirmation du demandeur, qui constitue l'attaque. Et cet effet de l'exception consiste pour le défendeur à le faire échapper à la condam-

(1) Cf. Wlassak, *Der Ursprung der römischen Einrede*, 1910, p. 29.

(2) Gaius, *Inst.*, 4. 119.

nation, postulée par le demandeur. Sans doute le défendeur strictement a tort ; mais, en équité, il ne mérite pas la condamnation. C'est ce qui résulte tout naturellement de ces trois textes :

Comparatae sunt... exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari (1).

Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intensionem condemnationemve deductum est (2).

Exceptio est condicio, quae... eximit reum damnatione (3).

Le défendeur est libéré. Le *iudex* ne le condamne pas. Malgré le droit incontestablement fondé du demandeur, l'exception paralyse les prétentions du demandeur, qui perd son procès.

L'effet de l'exception à l'égard du demandeur est également indiqué avec beaucoup de netteté. Les expressions *exceptione repellitur*, *summovetur*, si fréquentes (4), démontrent que le demandeur est re-

(1) Gaius, *Inst.*, 4, 116 ; Wlassak, *Der Ursprung der röm. Einrede*, p. 24.

(2) Ulpian, *Dig.*, 44, 1 (*De exceptionibus...*) 2, pr.

(3) Paul, *Dig.*, 44, 1 (*De except.*). 22.

(4) Cf. Wlassak, *Der Ursprung der röm. Einrede*, p. 23 avec un exposé des acceptions primitives du verbe *excipere*.

poussé, est exclu. C'est le résultat final de l'*exceptio* du défendeur.

Ainsi, en droit classique, l'*exceptio* appartient au défendeur, qui, par elle, évite la condamnation et exclut les prétentions du demandeur, affirmées dans l'*intentio* et la *condemnatio* de la formule. C'est une riposte qui suppose au préalable une attaque, rigoureusement fondée en droit strict, de la part du demandeur. Et cette riposte, à l'époque classique, est exclusivement désignée par le terme *exceptio*, qui ne garde ainsi qu'une partie de sa large signification première.

CHAPITRE II

CRITIQUE DE L'OPINION COURANTE SUR LA PRÉTENDUE ANTÉ- RIORITÉ DE LA PRAESCRIPTIO PRO REO PAR RAPPORT A L'EXCEPTIO DU DÉFENDEUR

Si nous sommes d'accord avec l'opinion courante sur le sens du mot *exceptio* en droit classique — et seulement à cette époque — pour reconnaître en lui la signification exclusive de moyen de défense, nous nous séparons d'elle sur la question de sa prétendue apparition tardive en droit romain.

Nous avons déjà montré (1) d'une manière positive que l'*exceptio* du défendeur existait déjà sous les Actions de la loi, en expliquant la bizarrerie des termes de la formule avec exception comme un legs du passé, et en repoussant l'idée que cette anomalie proviendrait d'une innovation récente du préteur dans le cadre de la formule, déjà constitué dans ses éléments essentiels.

Il nous reste à examiner les autres arguments de l'opinion, généralement admise, sur l'âge tout récent de l'*exceptio* du défendeur, qui aurait succédé à la *praescriptio pro reo*, dont parle Gaius (2). Ce sera la partie

(1) Cf. *suprà*, p. 45 et ss.

(2) Gaius, *Inst.*, 4, 133.

négative de notre étude, qui comprendra l'examen critique de ces arguments et notre opinion sur l'histoire de la *praescriptio pro reo*.

L'opinion dominante a pour caractère essentiel de considérer l'*exceptio* du défendeur comme un succédané de la *praescriptio pro reo*. Mais elle se distingue par deux nuances. L'une, représentée notamment par MM. Lenel et Girard; admet que la *praescriptio pro reo* constituerait l'origine de toutes les *exceptiones* du défendeur. L'autre, représentée par MM. Partsch, Pissard et Wlassak surtout, reconnaît que la *praescriptio pro reo* a donné naissance à une partie seulement des *exceptiones* du défendeur.

Nous examinerons et apprécierons cette double distinction. Les auteurs admettent le principe de l'antériorité de la *praescriptio pro reo* par rapport à l'*exceptio* du défendeur; ils ne se séparent que par une différence de degré.

SECTION I. — La *praescriptio pro reo* serait-elle l'origine de toutes les *exceptiones* du défendeur?

MM. Lenel et Girard (1), notamment, s'appuient sur un texte de Gaius pour déclarer que les *exceptiones* du défendeur ont été précédées par les *praescriptiones pro reo*.

(1) Lenel, *Exceptionen*, pp. 44-45; Girard, *Manuel*⁵, p. 1029, n. 5.
— Cf. Pissard, *Les questions préjudicielles*, p. 121.

Sed his quidem temporibus, sicut supra quoque notavimus, omnes praescriptiones ab actore profiscuntur. Olim autem quaedam et pro reo opponerentur, qualis illa erat praescriptio : ea res agatur, *si in ea re* praejudicium hereditati non fiat, quae nunc in speciem exceptionis deducta est, et locum habet, cum petitor hereditatis alio genere iudicii praejudicium hereditati faciat, veluti cum singulas res *petat* ; est enim iniquum *per unius rei petitionem universae hereditati praejudicium fieri* (1).

D'autre part les *praescriptiones pro reo*, comme le nom semblerait l'indiquer, seraient des clauses écrites en tête de la formule. L'opinion courante conclut, alors, que les *praescriptiones pro reo* en tête de la formule ont donné naissance aux *exceptiones* du défendeur, incorporées dans le cadre même de la formule. Peu à peu les *exceptiones* sont apparues. Ce sont elles qui représentent le dernier progrès du droit romain en matière de droits de défense.

Les auteurs n'expliquent pas ces données : ils les constatent et les tiennent pour vraies, puisqu'elles nous sont transmises par Gaius.

Mais ces auteurs encourent deux critiques très fortes :

(1) Gaius, *Inst.*, 4, 133. — Les mots en italique dans le texte ne figurent pas au manuscrit de Vérone, mais ont été reconstitués par Krüger (Edition) suivi par Girard (*Textes*).

ils sont en contradiction avec le texte même, sur lequel ils s'appuient et, de plus, ils se heurtent aux données fournies par l'histoire des *exceptiones*.

D'abord le texte de Gaius porte en lui la contradiction de ce système trop absolu. MM. Wlassak et Pissard (1) démontrent avec raison que le texte de Gaius ne dit nullement que les *exceptiones* ont toutes eu pour précurseur la *praescriptio pro reo*. Ce dernier parle seulement de certaines *quaedam* et en cite au moins une, en matière d'hérédité. Ce serait donc aller contre les sources, contre le texte lui-même que de conclure par une interprétation extensive que toutes les *exceptiones* du défendeur proviennent des *praescriptiones pro reo*. Un commentaire restrictif s'impose, au contraire, si l'on a souci de ne pas dépasser l'opinion de l'auteur.

Ensuite les données fournies par l'histoire des *exceptiones* du défendeur sont défavorables à l'évolution intégrale, absolue des *praescriptiones pro reo* en *exceptiones*.

Il existe, en effet, au Corpus (2) des *exceptiones*, qui ont fini par être appelées *praescriptiones*. Ce serait

(1) Wlassak, *Praescriptio und bedingter Process*. Z. S. St., 33, 1912, pp. 81-83 ; Pissard, *Les questions préjudicielles*, p. 119 et ss. — Cf. aussi Dernburg (*Ueber das Verhältnis der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singular-Klagen*, 1852, p. 39 et ss.) qui a le plus contribué à démontrer que le cercle des *praescriptiones pro reo* doit être restreint.

(2) Il existe en effet cinq *exceptiones*, qui sont appelées *praescriptiones* dans le Corpus : *rei iudicatae*, *transactionis*, *doli*, *in factum* et *longi temporis*.

alors une preuve défavorable à cette opinion : et, au lieu de croire à l'antériorité des *praescriptiones pro reo* sur les *exceptiones*, on serait volontiers tenté d'admettre que les *exceptiones* ont donné naissance aux *praescriptiones*.

Il est vrai que l'opinion généralement admise tient compte de cette objection et tente même de la réfuter. Keller et Bethmann-Hollweg (1) n'ont pas hésité à relever dans le Corpus les *exceptiones*, qui sont appelées *praescriptiones*, pour retrouver les *praescriptiones pro reo* primitives. M. Girard (2), à propos de la *praescriptio longi temporis*, dit également que si le Corpus l'appelle ainsi, ce doit être une *praescriptio pro reo*. D'après ces auteurs, on découvrirait ainsi, dans le Corpus, l'origine des *exceptiones*, qui ont conservé dans l'usage le nom ancien de *praescriptio* à côté du nouveau de *exceptio*.

Cependant Partsch (3) a montré l'erreur de cette argumentation. La *praescriptio longi temporis* apparaît pour la première fois en 199 après J.-C. dans un res-

(1) Keller, *Röm. Zivilproz.*, § 43, n. 462 ; Bethmann-Hollweg, *Röm. Zivilproz.*, II, pp. 403-404, complètent en effet de cette manière les *quaedam praescriptiones pro reo*, dont nous parle Gaius (4, 133), sans nous en citer plus d'une.

(2) *Manuel*⁵, p. 301. — M. Girard suit la doctrine de Keller et de Bethmann-Hollweg encore à un autre endroit (*Manuel*⁵, p. 1029, n. 5).

(3) Partsch a critiqué cette opinion à deux reprises : d'abord dans *Die longi temporis praescriptio*, 1906, p. 73 et ss. ; ensuite dans *Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 440-446, en faisant le compte rendu de l'ouvrage de Schlossmann, *Praescriptiones und Praescripta verba*.

crit de Sévère et de Caracalla. Malgré son nom, elle est une exception. Voilà une preuve singulièrement forte contre l'antériorité de la *praescriptio pro reo* par rapport à l'*exceptio*. De plus, à l'époque des Sévère, la *praescriptio pro reo*, d'après le témoignage même de Gaius, était déjà depuis longtemps hors d'usage. Elle n'a donc pas pu servir de nom à la *praescriptio longi temporis* (1).

D'autre part la *praescriptio doli*, ainsi appelée au Digeste par Paul (2), ne peut pas faire allusion à une *praescriptio pro reo*, puisque l'*exceptio doli*, elle, est née entre 688 et l'époque de Labéon. De même la *praescriptio transactionis* (3), citée par Ulpien, est connue comme *exceptio pacti*, dès l'époque de l'Auteur de la Rhétorique à Hérennius.

Enfin les *praescriptiones rei iudicatae et in factum* sont connues comme *exceptiones*, bien avant qu'on leur ait ajouté le terme *praescriptio*. Ce terme de *praescriptio*, au Corpus, si vaste d'ailleurs puisqu'il s'appli-

(1) La *praescriptio longi temporis* nous est rapportée dans le papyrus de Berlin, *B. G. U.*, 273 (*Textes*, pp. 187-188) et en termes très voisins dans celui de Strasbourg, *P. Strassb.*, 1, 22 (*Bruns, Fontes*, 1, p. 418).

(2) Paul au *Dig.*, 46, 3 (*De Solut.*), 91 dit *praescriptio doli*. — Sur l'*exceptio doli*, cf. Girard, *Manuel*⁶, p. 421, n. 3, qui admet que cette *exceptio* est déjà connue comme telle au moins entre 688 et Labéon.

(3) Ulpien au *Dig.*, 2, 15 (*De Trans.*), 9 pr. cite la *praescriptio transactionis*. — Sur l'*exceptio pacti*, cf. *Rhét. ad Héren.*, 2, 13, 20, et Girard, *Manuel*⁶, p. 598, n. 1. — Consult. Partsch, *Die longi temporis praescriptio*, p. 73, n. 1.

que à des *exceptiones* et à des objections *in iure* (1) et si fréquemment employé, porte la trace de l'influence d'une notion grecque, aussi large, appelée *παράγραφη* et importée à Rome par la suite.

Dès lors il est difficile d'admettre que la *praescriptio pro reo* a donné naissance à l'*exceptio*, puisque nous ne trouvons aucune trace sûre de ce passage dans l'histoire du droit romain. Au contraire des moyens de défense sont apparus, sous forme d'exceptions dès le début, sans qu'on les voie auparavant descendre des *praescriptiones pro reo*. Et même ce n'est que par la suite que quelques *exceptiones* furent peu à peu nommées *praescriptiones*.

Le tort de cette opinion est de vouloir conclure du particulier au général et d'admettre, au rebours du texte même de Gaius, qui lui sert de base, que toutes les *exceptiones* proviennent des *praescriptiones pro reo*.

SECTION II. — *Praescriptio pro reo* serait-elle l'origine de quelques exceptions du défendeur seulement ?

Mais alors si l'opinion généralement suivie pèche

(1) Cf. le dépouillement des textes juridiques dans Bülow, *Processeinreden*, p. 95 et ss. ; Dernburg, *Her. pet.*, pp. 34-39 ; Partsch, *Die longi temporis praescriptio*, p. 71, notes 1-7 ; Schlossmann, *Praescriptiones und Praescripta verba*, pp. 29-42. — Consult. Pissard, *Les questions préjudicielles*, pp. 117-118 ; Wlassak, *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 82, qui approuve la signification donnée à *praescriptio* par M. Partsch. Ce terme au *Corpus* embrasse toutes les objections du défendeur.

par excès de généralisation, ne peut-on pas admettre que la *praescriptio pro reo* n'a pas été la source que de certaines *exceptiones* du défendeur seulement ?

Assurément et c'est là le système qu'ont brillamment soutenu MM. Partsch, Pissard et Wlassak (1).

Pour ces auteurs, Gaius cite la *praescriptio pro reo* d'hérédité, qui s'est transformée de son temps : *in speciem exceptionis*. Or c'est une question préjudicielle. Par conséquent, outre ce cas certain, on peut croire que les questions préjudicielles ont dû s'exercer d'abord par voie de *praescriptiones pro reo*, avant de se déduire sous forme d'*exceptiones*.

De cette manière on écarte la *praescriptio* du Digeste, comme provenant de l'influence tardive (2) sur le droit romain de la *παραγραφή* grecque. On donne au

(1) Partsch, *Die longi temporis praescriptio*, 1906. p. 71 et ss. ; Z. S. St., 28, 1907, pp. 443-446 ; Pissard, *Les questions préjudicielles*, pp. 111-123 ; Wlassak, Z. S. St., 33, 1912, pp. 81-84.

(2) Partsch nie tout rapport entre la *praescriptio pro reo* et la *praescriptio* du Corpus (Cf. ses ouvrages aux endroits cités à la note précédente). Il distingue deux sortes de *praescriptiones* : 1° les *praescriptiones pro reo*, dont Gaius (4, 133) atteste l'existence ancienne et la disparition de son temps. Ce sont des clauses de la formule et des images de l'édit. Elles ont pu donner naissance aux *exceptiones* ; 2° les *praescriptiones* purement et simplement appelées ainsi au Corpus. Ces *praescriptiones*, qui apparaissent ainsi sur le tard, à l'époque des Sévère, alors que les *praescriptiones pro reo* n'existaient plus, sont la traduction de *παραγραφή* et désignent toutes sortes d'allégations du défendeur : *exceptiones* ; objections faites *in iure* ; demande formulée par le défendeur d'une *taxatio* dans le montant de la condamnation postulée contre lui. — Cf. aussi F. von Wöss, *Das römische Erbrecht*, Berlin, 1911, pp. 191-199.

contraire à la *praescriptio pro reo* qui, au dire de Gaius, était depuis longtemps hors d'usage, une physionomie propre : elle apparaît comme l'antécédent lointain de l'*exceptio* classique, ou tout au moins pour certaines *exceptiones* classiques, les questions préjudicielles.

Cette opinion plus récente a le mérite de restreindre le nombre des *praescriptiones pro reo* qui a pu donner naissance aux *exceptiones* classiques. En serrant de plus près le texte de Gaius, elle lui donne un aspect de force convaincante, difficile à réfuter. Même sur le terrain limité où elle se place, pour reconnaître seulement que (*quaedam*) certaines *praescriptiones pro reo* ont été la source des quelques *exceptiones*, cette opinion rencontre pourtant des objections sérieuses, au nombre de sept.

1° Ces auteurs, tous convaincus de la véracité du texte ainsi interprété, n'admettent l'*exceptio* classique que comme un progrès récent du droit romain. Et d'autre part ils soutiennent que seules certaines *praescriptiones pro reo* ont pu précéder des *exceptiones* classiques. N'y a-t-il pas là une anomalie dans leur doctrine ? Les *exceptiones* classiques, qui ne rentrent pas dans le cadre des questions préjudicielles, n'ont donc pas eu comme ancêtre la *praescriptio pro reo*. Elles sont donc nées, dès le début, sous la forme des *exceptiones* classiques. C'est bien du reste ce que paraît

admettre M. Wlassak (1). Et alors l'âge de ces *exceptiones* classiques, que M. Wlassak se représente comme récent, serait en réalité bien plus ancien.

2° De plus, si les *praescriptiones pro reo* ont, en disparaissant, donné naissance aux *exceptiones* pour les questions préjudicielles, et si plus tard, après la disparition complète des *praescriptiones pro reo*, les exceptions ont pu naître ensuite, calquées sur les *exceptiones* préjudicielles déjà existantes, M. Wlassak (2) encourt une autre critique : celle de rattacher plus ou moins indirectement toutes les *exceptiones* classiques aux *praescriptiones pro reo* par l'intermédiaire des *exceptiones* préjudicielles. Et alors, dès l'instant qu'il finit par admettre que les *exceptiones* classiques, quelles qu'elles soient, proviennent des *praescriptiones pro reo*, il tombe sous le coup des reproches adressés à l'opinion absolue dans le paragraphe précédent.

(1) Wlassak (*loc. cit.*) déclare en effet qu'un grand nombre d'exceptions ont dû, dès les origines, occuper la place qu'elles eurent, plus tard, à l'époque classique dans la formule.

(2) Wlassak (*loc. cit.*) suppose en effet que la *praescriptio pro reo* a fini au moment où l'*exceptio* a fait son apparition. L'*exceptio* présente une forme nouvelle. Mais pour l'*exceptio* ancienne, il y a bien eu transformation de la *praescriptio pro reo* en *exceptio*. De cette manière M. Wlassak, tout en niant que les *exceptiones* ont toutes été précédées par une *praescriptio pro reo*, tâche de résoudre le problème posé par Gaius au sujet de l'antériorité de la *praescriptio pro reo* par rapport à l'*exceptio*. Ainsi pour cet auteur il y aurait eu des *praescriptiones pro reo* d'abord ; puis des *exceptiones* descendant directement des *praescriptiones pro reo* et enfin en dernier lieu des *exceptiones* plus récentes et qui n'auraient pas existé auparavant à l'état de *praescriptio pro reo*.

3° En outre la filiation directe, établie par lui entre la *praescriptio pro reo* et l'*exceptio* classique pour les questions préjudicielles, est elle-même, elle aussi, contestée par un texte de Cicéron (1), qui lui est nettement défavorable. En matière criminelle, la défense de faire préjuger par un procès civil à un procès criminel est appelée *exceptio* :

Postulat... exceptionem : extra quam in reum capitis praeiudicium fiat.

Au temps de Cicéron déjà, le nom qui apparaît pour désigner la question préjudicielle n'est pas celui de *praescriptio pro reo*. Même en matière de questions préjudicielles, nous ne trouvons pas à cette époque une semblable appellation.

Il est vrai que M. Pissard (2), fort de l'appui de Gaius, prétend que Cicéron veut sans doute parler ici d'une exception, qui empruntait la forme d'une *praescriptio pro reo*. Et M. Wlassak (3) va même jusqu'à corriger le texte de Cicéron, en y ajoutant les mots, selon lui, caractéristiques des *praescriptiones pro reo* :

Ea res agatur extra quam in reum capitis praeiudicium fiat.

(1) *De inv.*, 2, 20.

(2) Pissard, *op. cit.*, p. 117, n. 2.

(3) Wlassak, *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 145. — Cons. Puchta, *Institutionen*, I, p. 522, § 171 ; Heffter, *Commentaires de Gaius*, IV, p. 111 ; Zimmern, *Röm. Zivilprozess*, p. 297, n. 3 ; Dernburg, *Her. petitio*, p. 38 et ss.

Vraiment on ne saurait avoir une confiance plus grande dans Gaius. Accommoder le langage de Cicéron à celui de Gaius, malgré les époques, nous semble bien audacieux.

M. Wlassak ajoute que l'effet de la *praescriptio pro reo* est d'*excipere*, d'enlever le litige de la *litis contestatio* par suite de la rétroactivité de la condition indiquée dans la *praescriptio*. Mais la terminologie de *praescribere*, étudiée à l'époque de Cicéron (1), ne nous a pas révélé un sens pareil. Et puis on ne conçoit pas que le grand écrivain latin ait appelé *exceptio* ce qui était en réalité, d'après M. Wlassak, une *praescriptio pro reo* ; le terme *praescriptio pro reo*, qui devait être probablement *vetus atque usitatus*, si l'on adopte la théorie de MM. Partsch, Wlassak et Pissard, aurait eu bien plus de chances d'être pris, ici, que le mot nouveau d'*exceptio*.

Nous préférons considérer le texte de Cicéron sans lui faire subir de retouches arbitraires, qui sont inspirées par le désir inconscient d'adapter le droit de l'époque de Cicéron à celui de Gaius. En l'enregistrant tel quel, nous constatons simplement que, même en matière préjudicielle, au temps de Cicéron, le premier terme qui apparaît est *exceptio*. C'est une constatation de nature à faire douter de l'existence, à cette époque, de la *praescriptio pro reo*.

(1) Cf. *suprà*, pp. 200-204.

4° Si nous ajoutons encore que les textes antérieurs à Gaius, pour les matières qui sont en dehors des questions préjudicielles, citent le terme *exceptio* et jamais celui de *praescriptio pro reo* pour les objections à porter devant le *iudex*, comme M. Partsch l'a établi, nous pouvons conclure que la *praescriptio pro reo* n'a précédé l'*exceptio* du défendeur, ni en matière préjudicielle, ni ailleurs (1).

5° Mais il y a encore d'autres considérations qui démontrent l'inexactitude de l'opinion de ces auteurs (2).

Non seulement ces auteurs ne montrent pas dans des textes l'antériorité de la *praescriptio pro reo* sur l'*exceptio*, mais ils ne peuvent pas suivre l'évolution, le passage de l'une à l'autre.

Dernburg (3) éprouve de grandes difficultés pour expliquer cette transformation. Les deux institutions auraient coexisté un certain temps, puis la deuxième

(1) Partsch, *Die longi temporis praescriptio*, p. 73.

(2) Comme le remarque avec raison Schlossmann (*Praescriptiones und Praescripta verba*, pp. 7. 44), la *praescriptio pro reo*, que cite Gaius (4. 133) comme ayant été remplacée de son temps par une *exceptio*, n'est plus jamais appelée *praescriptio*. Ainsi l'*exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* est formellement mentionnée dans un passage des *Institutes* de Gaius (4, 133), dans trois fragments du *Digeste* (Julien, 44, 1, *De Exceptionibus*, 13 ; Ulpien, 5, 3, *De Her. pet.*, 25, 17 ; Gaius, 10, 2, *fam. ercisc.*, 1, 1) et dans une loi au *Code* (3, 31, *De Her. pet.*). — Il y a des *exceptiones* appelées au *Corpus praescriptiones*, tandis que la *praescriptio pro reo*, citée par Gaius, ne conserve pas la moindre trace de son nom ancien de *praescriptio*. Il y a quatre textes, non compris celui des *Institutes* de Gaius, pour lui conférer le nom de *exceptio*.

(3) *Her. petitio*, p. 44.

plus favorable au défendeur aurait supplanté la première. M. Pissard (1) lui-même reconnaît que c'est là une affirmation gratuite.

Liebe (2) a essayé de suivre la transformation de la *praescriptio de eadem re alio modo en exceptio rei iudicatae*. Mais cette construction ne s'appuie que sur des textes très vagues, qui, plus vraisemblablement, font allusion à des *praescriptiones pro actore*.

M. Pissard (3) avoue que l'évolution de la *praescriptio* est obscure. Le magistrat se laissait guider, pense-t-il, par des motifs de pure commodité, suivant que les faits et les idées pouvaient être exprimés d'une manière plus ou moins brève. Mais le passage de la *praescriptio pro reo* à l'*exceptio* n'est pas plus net pour cela. L'apparition de l'*exceptio* nouvelle, à côté de la *praescriptio* ancienne, n'est pas indiqué.

Les auteurs essaient alors de découvrir les avantages de l'une par rapport à l'autre. D'où une quantité de

(1) *Op. cit.*, p. 120, n. 2.

(2) *Stipulatio*, p. 173, où Liebe examine les deux textes de Cicéron (*De Finibus*, 5, 29 ; *Ad Familiares*, Cicéron à Servius, année 708, 13, 27). — Ces textes sont peu clairs pour nous : il s'agit certainement d'une *praescriptio*. Le passage du *de finibus* est le plus net : *ut in actionibus praescribi solet : de eadem re fecit alio modo*. L'allusion à l'existence d'une *praescriptio* et à son caractère habituel n'est pas douteuse. Mais ce qui l'est beaucoup, c'est la nature de cette *praescriptio*. Appartient-elle au demandeur ? Est-elle réservée au défendeur ? — Il semble que ce soit une *praescriptio pro actore*. Cf. Savigny, *Traité*, VI, appendice XVII, p. 505. — Cons. Girard, *Manuel*⁵, p. 1040, n. 3 ; Naber, *Mnémosyne*, 1888.

(3) *Op. cit.*, p. 121.

systèmes (1) sur les effets produits par la *praescriptio* et par l'*exceptio*.

M. Wlassak dernièrement (2) a cru pouvoir retracer l'évolution de la *praescriptio pro reo* en *exceptio*. Pour lui, l'exception entraînerait l'extinction du droit du demandeur ; la *praescriptio pro reo* lui laisserait la possibilité de recommencer ultérieurement le procès. La *praescriptio* trouverait sa place dans une *litis contesta-*

(1) M. Pissard a classé les principaux systèmes émis à propos des *praescriptiones pro reo* et des *exceptiones*. Nous reproduirons sa classification en y situant sa doctrine ainsi que celle de M. Wlassak, la plus récente. M. Pissard range en trois catégories les auteurs qui se sont occupés de la question : 1° Certains admettent que la *praescriptio* de Gaius ne consomme pas l'action, tandis que les *exceptiones* déduisent définitivement le droit en justice. Ainsi : Puchta, *Institutionen*, 10, 1, § 171 ; Dernburg, *Her. petitio*, p. 36 et ss. ; H. Krüger, *Z. S. St.*, 26, 1905, p. 544 ; Partsch, *Die longi temporis praescriptio*, pp. 72-73. — 2° D'autres croient que ni la *praescriptio* ni l'*exceptio* préjudicielles n'ont consommé l'action. Ainsi : Zimmern, *Gesch. des röm. Privatr.*, III, p. 302 et ss. ; Savigny, *Traité*, §§ 226 et 227 ; Bekker, *Die prozess. consumption*, p. 89, n. 4. *Aktionen*, 1, 371 ; O. Bülow, *Processeinreden*, p. 235 et ss. ; Accarias, *Traité* 4, II, p. 1136 et ss. — 3° Enfin les auteurs modernes reconnaissent en grande majorité que *praescriptio* et *exceptio* déduisent le droit en justice. Ainsi : Planck, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten*, VIII, p. 210 ; Keller, *Röm. Zivilpr.*, § 43, p. 216 ; Bethmann-Hollweg, *Zivilpr.*, II, p. 399 et ss. ; P. Krüger, *Processualische Consumption*, et d'autres tels que Pfeiffer, Naber et enfin Pissard, *Les questions préjudicielles*, p. 116 et ss. — Quant à la doctrine de M. Wlassak, qui est une sorte de conciliation tentée entre ces systèmes (cf. *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 136 et ss.), elle peut se ranger dans la première catégorie : la *praescriptio* ne déduit pas l'action en justice : elle se ressent de ses origines, c'est-à-dire de la *denegatio*. Mais l'*exceptio*, progrès du droit récent, renforce la situation du défendeur en consommant l'action de son adversaire.

(2) Wlassak, *op. et loc. cit.*

tio conditionnelle, qui, par rétroactivité, serait sensée n'avoir pas eu lieu, quand le *iudex* reconnaîtrait justifiée l'objection du défendeur, présentée dans la *praescriptio*. Rien alors n'aurait eu lieu : le droit du demandeur, qui par suite de la *praescriptio* n'aurait pas été déduit en justice, resterait intact pour l'avenir. Au contraire l'*exceptio*, reconnue justifiée, repousserait complètement la demande et entraînerait la déduction du droit du demandeur en justice.

Sans doute s'il en était ainsi, le défendeur aurait vu sa protection mieux assurée par l'*exceptio* tardive que par la *praescriptio pro reo* primitive. Mais les textes manquent à l'appui de cette théorie. Aucun ne montre la *praescriptio pro reo* précéder l'*exceptio* du défendeur, comme aucun ne signale, avec le passage direct de l'une à l'autre, les prétendus avantages derniers de l'*exceptio* classique sur la *praescriptio pro reo* (1).

6° Et puis la *praescriptio pro reo*, dont Gaius nous citerait un exemple, n'est pas du tout un élément primitif de la formule. Comme le reconnaît M. Pissard (2), la *praescriptio pro reo* fausse l'harmonie de la formule. Elle constitue un préambule, qui ne rentre pas dans le cadre de l'alternative soumis au *iudex* :

si paret... condemna ; si non paret absolve.

(1) La *litis contestatio* ne peut pas d'ailleurs s'opérer sous condition résolutoire. Un texte de Javolenus est formel (*Dig.*, 5, 1, *De iudiciis.*, 35). Cf. l'interprétation donnée par Wlassak, *loc. cit.*, p. 107 et ss.

(2) Cf. *op. cit.*, p. 121.

Même écrite en tête de la formule, elle se trouve en dehors des termes de la formule.

7^o Enfin MM. Partsch, Pissard et Wlassak établissent une séparation absolue entre les *praescriptiones pro reo* de Gaius et les *praescriptiones* — tout court — du défendeur trouvées au Corpus. Mais, pour rejeter les *praescriptiones* du Digeste, ces auteurs invoquent leurs différences profondes avec les *praescriptiones pro reo*. Tandis que celles-ci ne sont qu'une partie de la formule à soumettre au *iudex*, celles du Digeste embrassent des objections faites *in iure* et des *exceptiones* à faire valoir *in iudicio*. Or nous ne voyons pas, à présent, pourquoi ces auteurs s'appuieraient sur le texte de Gaius (1), dont nous venons d'éprouver l'exactitude à la lumière de l'histoire, pour établir aussi nettement une séparation entre ces objections du défendeur. Les unes comme les autres sont invoquées par le défendeur et, puisque le texte de Gaius se trouve démenti par l'évolution historique des *exceptiones* du défendeur, si vieilles qu'elles se trouvent en réalité directement dans le corps de la formule déjà sous les Actions de la loi, il faut essayer de découvrir un sens à ce qu'ont dû être les *praescriptiones pro reo* qui, elles, ne peuvent avoir fait leur apparition qu'au cours du développement de l'*exceptio* du défendeur et à une date tardive par conséquent.

(1) D'autant plus que nous ne trouvons pas une seule confirmation de l'existence de la *praescriptio pro reo* dans les textes antérieurs à celui de Gaius (4, 133). L'allusion à la *praescriptio de eadem re alio modo* serait l'unique mention d'une *praescriptio* ; mais la question est précisément de savoir s'il s'agit d'une *praescriptio pro reo*.

CHAPITRE III

ESSAI SUR LA PRAESCRIPTIO PRO REO

Les auteurs, qui s'appuient sur le texte de Gaius, ne peuvent répondre aux critiques très graves que nous leur avons adressées. La *praescriptio pro reo* ne peut pas être la source de toutes les *exceptiones* du défendeur, ni des *exceptiones* préjudicielles seulement. Il convient, pour expliquer la notion de *praescriptio pro reo*, de rechercher d'abord le sens de *praescriptio* du défendeur, avant d'en dégager ensuite les conclusions qui s'imposent.

SECTION I. — Terminologie de « *praescriptio-praescribere* » entendus du côté du défendeur.

Parmi les textes que nous relèverons, nous présenterons d'abord les textes littéraires, ensuite les témoignages juridiques.

I. — *Textes littéraires*. — Sénèque le Rhéteur donne à ses étudiants des thèmes de déclamations. Nous y trouvons les expressions de *praescribere alicui* dans le

sens d'objecter à quelqu'un au préalable, faire une objection au préalable (1).

Sénèque le Philosophe écrit (2) :

Quantum potes ergo, mi Lucili, reduc te ab istis exceptionibus et praescriptionibus philosophorum.

Nous voyons apparaître dans le mot *praescriptio* une idée nouvelle. Jamais nous n'avons trouvé jusqu'ici le sens d'*échapper à, objecter à, émettre des réserves*. Or, nous notons ici cette signification, qui s'entend de quelqu'un qui répond à une demande.

Quintilien nous donne dans deux passages des indications sur les termes *praescriptio-praescribere*.

Le premier est ainsi conçu (3) :

An non praescriptiones (etiam in quibus maxime videtur manifesta translatio) easdem omnes species habent, quas eae leges, quibus agitur, ut aut de nomine, aut scripto, et sententia vel ratiocinatione quaeratur.

Quintilien se demande si la *translatio* (4) est, en

(1) *Conrov.*, III, 4. *Servatus a filio. Servatus contra servatorem ne quam habeat actionem. Servatus a filio abdicat: ille praescribit.*

(2) *Ep.*, 48.

(3) *Inst. orat.*, 3, 6.

(4) La *translatio* est la partie de la plaidoirie, dans laquelle l'avocat, en invoquant des questions préjudicielles, des questions de compétence et des questions de représentation, s'efforce de faire rejeter

rhétorique, un état distinct de la question même sur laquelle elle porte. Et il conclut que la *translatio* comme la *praescriptio* se confondent avec la matière qui lui sert de base. Ce passage appartient tout entier à la rhétorique et ne peut entrer en considération ici.

Le second passage (1) est plus intéressant. Quintilien y définit la *praescriptio* de rhétorique et fait des allusions au droit de défense. D'après ce professeur de rhétorique, le défendeur pour se libérer a trois moyens à sa disposition : d'abord nier le fait dont il est accusé ; ensuite, s'il est impossible de nier, prétendre que le fait incriminé est en réalité autre que celui dont on l'accuse ; en outre démontrer, au cas où ces deux précédentes

l'action de son adversaire, sans examiner le fond même du procès. Les rhéteurs se soucient peu de la distinction fondamentale du *ius* et du *iudicium*. Ils se contentent d'imiter les développements donnés par les Grecs sur la *μετάληψις*. Plus tard *praescriptio* a le même sens que *translatio*. *Praescriptio* est imité également de la notion connue en rhétorique grecque sous le nom de *παραγραφή*. — Sur la *translatio* des rhéteurs, rapproch. Cicéron, *De Inv.*, II, 19, 57. 58 ; *A. ad Heren.*, I, 11, 19 ; 12, 22 ; 14, 24 ; 15, 25 ; II, 12, 18 ; Quintilien, *Inst. orat.*, III, 6, 14. 60. 69 et ss. ; Zeno dans Sulpitius Victorinus, *Inst. orat.*, 42, 44 (Halm, *Rhet. lat. min.*, 338). — Cf. Bülow, *Processeinreden*, p. 243 et ss. ; Schwalbach, *Z. S. St.*, 15, 1881, p. 209 et ss. ; Sperl, *Sukzession*, p. 21 et ss. ; Velsen, *Z. S. St.*, 21, 1900, pp. 103-107 ; Pissard, *op. cit.*, p. 53, n. 1 ; Wlassak, *Der Ursprung der römischen Einrede*, p. 15. — La *translatio* des rhéteurs a été particulièrement étudiée par M. Partsch, *Die longi temporis praescriptio*, pp. 74-75.

(1) *Inst. orat.*, VII, 5. — La *praescriptio* est également un terme de rhétorique, devenu fréquent à l'époque de Quintilien. Cf. Schlossmann, *Praescriptiones und Praescripta verba*, p. 31 et ss. ; Partsch, *Die longi temporis praescriptio*, p. 73 et ss., *Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 443-446.

hypothèses ne peuvent se réaliser, que le fait qui lui est reproché se justifie en lui-même. Mais si le fait ne peut pas être nié, ni défini autrement, ni justifié, le défendeur ne sera pas sans ressource. Il pourra se servir d'un quatrième moyen : soulever la question d'action.

Qui neque fecisse se negabit, neque aliud esse, quod fecerit, dicet, neque factum defendet, necesse est, in suo iure consistat : in quo plerumque actionis est quaestio : quae non semper eadem est, ut quidam putaverunt ; nam et iudicium antecedit qualia sunt preturae curiosa consilia, quum de iure accusatoris ambigitur ; et in ipsis frequentissime iudiciis versatur :

Est enim duplex eius disceptationis conditio, quod aut intentio, aut praescriptio habet controversiam : ac fuerunt, qui praescriptionis statum facerent, tamquam ea non iisdem omnibus, quibus ceterae leges, quaestionibus contineretur.

Quum ex praescriptione lis pendet, de ipsa re quaeri non est necesse : ignominioso filius praescribit de eo solo iudicatio est : an liceat ? Quoties tamen poterimus, efficiendum est, ut de re quoque bene sentiat : sic enim iuri nostro libentius indulgebit : ut in sponsionibus, quae ex interdictis fiunt, etiamsi non proprietatis est quaestio, sed tantum possessionis : tamen non solum possedissee nos, sed etiam nostrum possedissee, docere oportebit.

Sed frequentius etiam quaeritur de intentione : vir fortis optet quod volet : nego illi dandum, quidquid optaverit : non habeo praescriptionem, sed tamen voluntate contra verba, praescriptionis modo, utor : in utroque autem genere status idem fit.

Ce témoignage sur la *praescriptio* doit être utilisé avec beaucoup de prudence. Il se trouve dans un traité de rhétorique : de sorte que ce n'est pas sans réserves que l'on peut le considérer comme intéressant le droit romain.

Toutefois la notion juridique semble transparaître sous la notion de rhétorique. Si le défendeur, comme ultime et dernier secours, doit faire appel à la question d'action, certainement il doit trouver dans le droit des arguments susceptibles d'étayer ce moyen de défense.

Et ces arguments se devinent : ils seront de telle nature qu'ils tendront à faire admettre l'inadmissibilité de l'action engagée. Ce n'est pas en supposant nécessairement fondé et incontestable le droit du demandeur qu'ils sont appelés à entrer en jeu. Au contraire, le défendeur prétendra que l'action est inadmissible, sans même avoir égard au bien ou au mal fondé de l'action. Sans doute, si en réalité la demande est exacte, le défendeur, qui ne pourra pas la contredire ou la paralyser en se justifiant, appellera en dernier lieu l'inadmissibilité de la procédure, engagée contre lui, pour des raisons

d'action. Mais la *praescriptio* n'implique pas nécessairement, pour être mise en jeu, l'impossibilité de la part du défendeur de se justifier autrement (1).

La *praescriptio* porte sur la question d'action, sans aucunement préjuger des raisons de fond motivant la procédure engagée. Elle tend à l'inadmissibilité de l'action.

C'est ce qui résulte du passage de Quintilien :

Qui neque... neque... neque... in suo iure consistat : in quo plerumque actionis est quaestio.

... Quum ex praescriptione lis pendet, de ipsa re quaeri non est necesse... Quoties tamen poterimus, efficiendum est, ut de re quoque bene sentiat...

De plus cette *praescriptio* n'a pas la signification d'une défense s'exerçant *in iure*. Evidemment les *praescriptiones* se présenteront devant le préteur, pour arrêter l'action et l'empêcher, avec le consentement du préteur, de s'engager devant le *iudex*. Mais elles peuvent aussi se présenter *in iudicio*, si le préteur veut les

(1) Il ne faut pas croire en effet que la *praescriptio* rende inutile de plaider sur l'affaire elle-même. Le juge ne décompose pas le procès en deux parties : l'une portant sur la *praescriptio*, l'autre sur le fond du droit. Quintilien nous dit sans doute : *quum ex praescriptione lis pendet de ipsa re quaeri non est necesse*. Mais il ajoute aussitôt que le défendeur devra opposer, toutes les fois qu'il le pourra, des objections touchant au fond du droit : *Quoties tamen poterimus...* Par conséquent la *praescriptio* ne fait pas l'objet d'un débat séparé. Cf. Pissard, *op. cit.*, p. 117, n. 4.

soumettre au *iudex*. La question d'action peut se présenter soit *in iure*, soit *in iudicio*. C'est ce qui ressort de ces termes de Quintilien :

Nam et iudicium antecedit, qualia sunt preturae curiosa consilia, quum de iure accusatoris ambigitur ; et in ipsis iudiciis frequentissime versatur.

On ne saurait donc restreindre la *praescriptio* au rôle exclusif d'une objection, se produisant seulement *in iure*, comme l'admet M. Partsch (1).

Et dans l'exemple cité par Quintilien :

Ignominioso filius praescribit : de eo solo iudicatio est : an liceat ?

il semble bien que la question d'action soulevée par le fils est examinée *in iudicio*. Si le père est reconnu frappé d'infamie, par le *iudex*, et si, par là même, il est considéré comme incapable de déshériter son fils, le procès est gagné par le fils, qui est absous. Tout dépend de la question : le père (*an liceat*) a-t-il la permission de déshériter le fils ici ? S'il ne l'a pas, l'action du père est jugée inadmissible, en principe, même si des motifs sérieux justifiaient cette mesure du père. C'est que la *praescriptio* tend à établir l'inadmissibilité de l'action, sans considérer le bien ou le mal fondé de l'action en elle-même.

(1) *Die longi temporis praescriptio*, p. 75, et Z. S. St., 28, 1907, p. 445 et ss.

Telle est bien la physionomie de cette *praescriptio*. Elle n'est pas une institution à part, ayant une forme à elle, ne s'exerçant que devant le magistrat. C'est au contraire une institution, qui se confond avec les moyens de défense objectés *in iure* ou *in iudicio*, et qui est appelée ainsi pour caractériser son but, qui est de soulever la question d'action, d'où dépend en principe le sort du procès déclaré admissible ou non.

2° *Textes juridiques*. — Le Corpus nous présente de très nombreuses citations des termes *praescriptio-praescribere*. Nous diviserons ces textes en deux masses : l'une comporte des témoignages du sens de : *règle, précepte* ; l'autre des textes sur la signification de : *objection*.

I. — *Règle, précepte, limite*. — Ce sens est exprimé bien des fois (1). C'est le sens ancien de *praescribere*,

(1) Cf. les références citées dans Partsch, *Die longi temporis praescriptio*, p. 71, n. 1-7. Le terme *praescriptio* se rencontre au *Digeste* notamment :

1° En matière d'adultère. Papinien, 48, 5 (*Ad leg. Iul.*), 40, 5. Marcien, 48, 6 (*Ad leg. Iul. de vi publ.*), 5, 2. Ulpien, 48, 2 (*De acc. et insc.*), 5. Ulpien, 48, 5 (*Ad leg. Iul.*), 2, 1 ; 16, 6, 7 ; 20.

2° En procédure pénale. Paul, 48, 10 (*De leg. Corn.*), 19, 1. Ulpien, 48, 16 (*Ad senatusc.*), 7, pr. Papinien, 48, 16 (*Ad senatusc.*), 11. Macer, 48, 17 (*De requir.*), 4, 2.

3° En matière fiscale. Macer, 48 17 (*De requir.*), 2. Callistrate, 49, 14 (*De iure fisci*), 1, 3. Papinien, 44, 3 (*De div. temp.*), 10. Papinien, 29, 4 (*Si quis om.*), 6, 7. Macer, 49, 16 (*De re milit.*), 13, 2.

4° En matière de *status*. Marcien, 40, 15 (*Ne de stat.*), 1, pr. Marcellus, 40, 14 (*Si ingenuus esse.*), 1. Papinien, 40, 14 (*h. t.*), 4.

5° En matière d'*appellatio*. Ulpien, 49, 4 (*Quando appell.*), 1, 10. Ulpien, 49, 1 (*De appell.*), 3.

6° En matière d'excuses. Papinien, 50, 2 (*De decu.*), 6, 4. Ulpien, 50, 10 (*De oper.*), 1, pr. Papinien, 50, 7 (*De leg.*), 14.

d'indiquer, fixer au début, ordonner, qui se maintient dans la langue latine.

II. — *Objection.* — Cette signification (1), toute nouvelle, se rencontre très souvent. Nous pouvons classer en trois catégories les principales applications de ce sens :

a) Tantôt c'est une objection, qui rend l'action du demandeur inadmissible :

Non debere praescribi ei, qui petit... (2).

Cur praescribere curator possit... (3).

Praescribendum est... (4).

An... praescriptio ei opponi... possit... (5).

Si reus accusatori publico iudicio... praescribat (6).

An ei praescribi possit... (7).

Praescriptio obicitur (8).

b) Tantôt c'est une *exceptio* de la procédure formulaire, avec son rôle et ses caractères bien définis. *Praescriptio* s'applique en effet à cinq *exceptiones* (9).

(1) Cf. les références citées dans Partsch, *Die longi temporis praescriptio*, p. 72 et les notes, et dans Schlossmann, *Praescriptiones und Praescripta verba*, p. 31, n. 1.

(2) Ulpien, *Dig.*, 5, 1 (*De iud.*), 52, 3.

(3) Iulius Aquila, *Dig.*, 26, 10 (*De susp. tut.*), 12.

(4) Marcien, *Dig.*, 40, 15 (*Ne de stat.*), 1, 4.

(5) Modestin, *Dig.*, 44, 1 (*De except.*), 10.

(6) Macer, *Dig.*, 47, 15 (*De praeu.*), 3, 1.

(7) Ulpien, *Dig.*, 49, 4 (*Quando appel.*), 1, 10.

(8) Modestin, *Dig.*, 48, 5 (*Ad leg.*), 16, 6.

(9) Nous trouvons au *Digeste* cinq *exceptiones* appelées par les clas-

c) Le fait d'élever *in iure* des objections contre la demande est encore exprimé par *praescribere* (1).

Telles sont les principales significations de *praescribere* au Corpus et dans les textes littéraires.

SECTION II. — Conclusions résultant de la terminologie de *praescriptio-praescribere*.

Les conclusions, très intéressantes à en déduire, ne peuvent que nous convaincre davantage encore de l'âge récent de la *praescriptio pro reo*. Elles se groupent autour de ces deux idées : l'origine des *praescriptiones* du défendeur, puis l'apparition et l'extension progressive de ces moyens de défense.

§ 1. — Origine des *praescriptiones* du défendeur.

La terminologie de *praescriptio-praescribere* nous révèle un sens tout nouveau, qui s'entend fort bien du

siques : *praescriptiones*. Ainsi :

1° *Praescriptio rei iudicatae* : Labéon, 40, 12 (*De lib. caus.*), 42. Macer, 42, 1 (*De re iudic.*), 63. Papinien, 44, 2 (*De except. rei iudic.*), 29. Modestin, 44, 1 (*De except.*), 10 ; 11. — A ajouter la mention suivante au Code, Alexander, 7, 56, 1.

2° *Praescriptio transactionis* : Ulpien, 2, 15 (*De trans.*), 9, pr.

3° *Praescriptio doli* : Paul, 46, 3 (*De solut.*), 91.

4° *Praescriptio in factum* : Labéon, 44, 1 (*De except.*), 23.

5° *Longi temporis praescriptio*. Cf. Partsch, *op. cit.*, pp. 75-102.

(1) Sur la *praescriptio fori*, Ulpien, *Dig.*, 2, 8 (*Qui satisdare cogant.*), 7, pr.

défendeur et dont l'apparition remonte au premier siècle de notre ère.

Ce sens nouveau d'*objecter à* n'a rien de commun avec la signification de limiter, ordonner, écrire au préalable, fixer d'avance, relevée chez les anciens auteurs (1). Il y a eu par conséquent incorporation d'une notion nouvelle dans le terme ancien *praescribere*.

Cette application nouvelle du mot *praescriptio* fait découvrir à quoi est due cette signification d'*objecter*.

Les rhéteurs en effet sont les premiers qui entendent *praescribere* avec cette signification. Les Sénèque d'abord emploient comme synonymes *praescriptio* et *exceptio* et citent *praescribere* comme signifiant : objecter au préalable. Or les rhéteurs latins, qui connaissaient parfaitement le grec, avaient trouvé dans *παράγραφη*, de la rhétorique et du droit grecs, la notion, qu'ils ont traduite en latin par *praescriptio*. La *παράγραφη* signifiait : objection tendant à l'inadmissibilité de la demande pour une question d'action (2). Quintilien, qui allait chercher en Grèce des leçons de rhétorique et se distinguait par sa science de l'éloquence et de l'histoire grecques, apporta la *praescriptio* à Rome et acheva de lui donner le sens que les Sénèque avaient attribué à ce terme.

(1) Cf. p. 200 et ss.

(2) Cf. Schlossmann (*op. cit.*, p. 29 et ss.) ; Meyer und Schömann, *Der attische Prozess*, bearbeitet von Lipsius, II, p. 833. 834. 849, avec les références citées ; Ed. Platner, *Der Prozess und die Klage bei den Attikern*, 1824, I, pp. 138-162.

Non seulement *praescriptio* est la traduction littérale de παραγραφή, mais il désigne encore la même idée. Quintilien déclare en effet que la *praescriptio* se pose à propos de la question d'action et qu'elle ne nécessite pas un examen du fond même du droit. C'est la παραγραφή transportée dans la rhétorique latine.

Ainsi *praescriptio* n'existe pour le défendeur que depuis le premier siècle de notre ère, dans les ouvrages de rhétorique, avec un sens qui ne peut venir d'un développement de son sens antérieur. Cette signification est empruntée à celle de la παραγραφή grecque, particulièrement familière aux rhéteurs latins.

§ 2. — Apparition et extension progressive de la
« *praescriptio* » du défendeur.

Jusque-là le terme *praescriptio* n'avait pas pénétré encore dans le droit romain. Gaius est le premier auteur à avoir signalé ce moyen de défense (1). Les textes, que

(1) Schlossmann (*op. cit.*, p. 36, n. 1) se demande comment *praescriptio* a été introduit dans la langue juridique. Ce terme est très fréquemment employé par les classiques. Après Gaius, nous le trouvons chez Ulpien, Paul, Papinien, Callistrate, Macer, Marcien, Iulius Aquila, Modestin et Hermogénien. Avant Gaius, nous ne relevons ce terme que chez Labéon (trois fois) et chez Javolenus Priscus. Il est évident que, depuis Gaius, ce terme a pénétré de plus en plus dans l'usage. Mais comment a-t-il pu être accueilli par les juristes. Schlossmann (*loc. cit.*) émet deux hypothèses : ou bien le mot *praescriptio*, relevé chez Labéon pour la première fois et à une époque déjà bien antérieure à celle des classiques proprement dits, a été substitué au mot *exceptio* par les compilateurs, pour qui ces deux termes (*exceptio* et *praescriptio*) étaient devenus synonymes ?

l'on prétend antérieurs à Gaius, sont au nombre de trois : deux appartiennent à Labéon et visent l'un la *praescriptio rei iudicatae* (1), l'autre la *praescriptio in factum* (2). Un autre est de Javolenus Priscus et con-

ou bien Labéon, en novateur hardi, a emprunté lui-même à ses connaissances de la rhétorique grecque et latine ce terme : *praescriptio* et l'a introduit peu à peu dans la langue juridique ? Nous croyons que l'on peut prendre position plus nettement et admettre, grâce à un examen plus minutieux des textes, que Gaius est le seul auteur à avoir employé pour la première fois le terme *praescriptio*.

(1) Le passage de Labéon au sujet de la *praescriptio rei iudicatae* est ainsi conçu : *Si servus quem (bona fide) emerat in libertatem adsertus et ab iudice perperam pro eo iudicatum est et dominus eius servi post rem contra te iudicatum te heredem fecit aut alio quo nomine is tuus esse coepisset, petere eum tuum esse poteris nec tibi obstabit rei iudicatae praescriptio (exceptio ?)* Labeo, IV, Posterior., Dig., 40, 12 (*De lib. caus.*), 42 (Cf. Bremer, *Iurisprudentia antehadriana*, I, p. 209). Ce passage est suspect pour plusieurs raisons : d'abord série de propositions reliées par une série de conjonctions, qui alourdissent la phrase : *et ab iudice... et dominus... aut alio quo nomine...* ; discordance des temps : *coepisset* est un plus-que-parfait du subjonctif qui surgit brusquement ; le dernier membre de phrase : *nec tibi...* aurait dû être remplacé par *non tibi...* ; enfin Bremer signale le mot *exceptio* comme ayant été remplacé par le mot plus récent : *praescriptio*.

(2) Le second passage, attribué à Labéon, sur la *praescriptio in factum* est ainsi conçu : Labeo, VI. Pithanon a Paulo Epitomatorum, Dig., 44, 1 (*De except.*), 23 : *Paulus : si quis statum in municipio ea mente posuit, ut ea municipii esset, et eam petere vult, excludi eum oportet praescriptione in factum data* (Cf. Bremer, *op. cit.*, II, p. 258). On ne saurait attribuer un texte semblable à Labéon. Il est étonnant que M. Partsch (*Die longi temporis praescriptio*, p. 73, n. 1) cite ce texte sous l'étiquette de Labéon, tandis qu'il cite sous l'étiquette de Paul un texte pareil sur la *doli mali praescriptio* (Labeo, VI, Pithanon a Paulo Epitomatorum, Dig., 46, 3 (*De solut.*), 91. Logiquement la *praescriptio doli* devrait être la troisième mention de *praescriptio*, faite par Labéon. Mais ces deux textes sont des commentaires de Paul sur un texte de Labéon, que nous ne possédons plus. Le mot *praescriptio* appartient à Paul. Il n'y a aucune

cerne la *praescriptio longi temporis* (1). Ces textes portent la trace de remaniements ultérieurs et le terme *praescriptio*, justement, paraît, pour le moins, suspect.

Gaius, en citant pour la première fois des *praescriptiones pro reo* (2), fait entrer en droit romain une institution qui, jusque-là, était le lot exclusif des rhéteurs latins. La *praescriptio*, qui était opposée *pro reo* en matière d'hérédité et dont Gaius nous rapporte l'unique exemple, pose précisément la question d'action. Primus demande à Secundus un objet héréditaire. Secundus objectera que sa demande ne doit point faire préjuger de la question de l'hérédité. En formulant cette objection, Secundus ne descend pas dans les motifs justes ou injustes de Primus ; il désire, avant tout, que la voie suivie par Primus ne soit pas un détour, destiné à provoquer, par la réclamation d'un objet isolé et dépendant de la succession, une décision, dont Primus puisse ensuite se prévaloir au sujet de l'attribution de la succession tout entière.

raison pour considérer différemment ces deux textes d'abord, et pour les attribuer l'un ou l'autre à Labéon ensuite.

(1) Iavolenus Priscus, VI, *Epistolarum, Dig.*, 41, 3 (*De solul.*), 21 dans un *responsum* déclare : *longi temporis praescriptio non durabit* (Cf. Bremer, *op. cit.*, III, p. 475) le mot cité est reconnu comme ayant été mis plus tard à la place du mot *usucapio*, le seul employé par Iavolenus, au lieu de *longi temporis praescriptio* (Cf. sur cette institution, Partsch, *op. cit.*).

(2) *Inst.*, 4, 133. — La *praescriptio* juridique a été directement empruntée au langage des rhéteurs latins et indirectement à la *παραγραφή*, qui avait été copiée par eux. Ce sont les rhéteurs latins qui ont en quelque sorte préparé son avènement dans la science juridique romaine.

Si le *iudex* reconnaît à Primus une propriété indépendante de la qualité d'héritier, la demande de Primus, en la supposant par ailleurs justifiée, recevra satisfaction. Mais si Primus est incapable de prouver son droit sans invoquer son titre d'héritier, le *iudex* repoussera sa réclamation et absoudra Secundus, dont l'objection, au sujet de la question d'action, aura été reconnue justifiée (1). Secundus ne conteste pas nécessairement le droit invoqué par Primus ; il se contente d'émettre simplement une objection sur la manière adoptée par Primus pour la revendication de son droit.

C'est bien ce que comprend la *παραγραφή*, véritable objection du défendeur, tendant à établir l'inadmissibilité du procès, sans égard au bien ou au mal fondé de la prétention du demandeur. Une telle *praescriptio pro reo* ne peut alors être entendue qu'au sens de la *praescriptio*, importée de Grèce à Rome par les rhéteurs latins et à laquelle on a donné une signification juridique. Sa fonction n'est pas distincte de celle de l'*exceptio* ; le terme *praescriptio pro reo* est le nom conféré à une exception préjudicielle, comme il a pu être conféré à toutes les exceptions qui posent la question d'action (2).

(1) Le *iudex* doit, en effet, pour vérifier les conditions mêmes de l'objection du défendeur, connaître les moyens de droit invoqués par le demandeur à l'appui de sa prétention. De cette manière le *iudex* sera à même de se former une opinion sur la question de savoir si le demandeur veut ou non masquer sa réclamation d'un objet héréditaire sous le titre d'héritier, qui n'est pas vérifié et ne fait point partie de l'objet du procès actuel.

(2) Schlossmann, *Praescriptiones und Praescripta verba*, p. 44, P. — 17

Apparue dans le droit romain pour désigner des exceptions tendant à l'inadmissibilité de la demande, sans supposer nécessairement fondé le droit du demandeur, la *praescriptio* du défendeur a étendu son domaine d'application, depuis Gaius, grâce à la signification très large du mot *praescriptio*. Tandis qu'en effet l'*exceptio* avait un sens de plus en plus étroit, la *praescriptio*, qui signifiait objection, désigna les *exceptiones* ordinaires du défendeur. Nous en avons la preuve pour les *praescriptiones* : *doli, transactionis, rei iudicatae, in factum, longi temporis*. La *praescriptio* du défendeur qui, dans les questions préjudicielles, ne supposait pas nécessairement fondée la prétention du demandeur, en est venue à désigner les objections qui paralysaient le droit incontestable du demandeur. C'était une objection contre l'admissibilité de la demande, que cette demande soit ou non bien fondée.

Mais ce n'est pas tout. Le terme *praescriptio* absorba toutes les objections du défendeur, même celles se produisant *in iure*. La demande d'une *taxatio*, ayant pour effet de limiter l'arbitraire du juge dans l'évaluation du

arrive à la même idée. Sa doctrine s'est heurtée à de très fortes critiques. Cependant l'opinion courante qui repose sur le texte de Gaius, 4, 133, encourt de très graves critiques aussi et ne trouve antérieurement à Gaius aucune confirmation de l'existence de la *praescriptio pro reo*. Cf. pour la critique de l'opinion de Schlossmann, Partsch, *Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 440-446 ; R. de Ruggiero, *Bullettino dell'ist. di diritto romano*, XIX, 1907, pp. 259. 263. 264 ; H. Buss, *Die Form der litis contestatio*, 1907, p. 65 ; Wlassak, *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 83.

montant de la condamnation, était appelée aussi *praescriptio*, car elle était pour le défendeur un moyen de protection (1).

Aussi n'est-il pas surprenant que le Code ait une rubrique (2), où il accouple les termes *praescriptio* et *exceptio* dans le sens d'objections du défendeur. La procédure formulaire disparue depuis longtemps, les deux termes deviennent synonymes.

Mais le Corpus contient aussi sous le mot *praescriptio* l'idée de précepte, de règle. L'ancienne signification survit et demeure jusqu'à la fin de l'époque romaine. Les sens d'ordonner, limiter, fixer au préalable s'assemblent et se mêlent à celui d'objecter. Le même vêtement abrite ces notions. Aussi l'on comprend que le terme *praescriptio* ait un sens double : *praescriptio doli* était l'objection basée sur la règle de dol. Les deux significations, loin de s'exclure, finissent par se combiner.

*
* *

Ainsi les *praescriptiones pro reo* ne peuvent pas être l'origine des *exceptiones* du défendeur. Celles-ci ont existé de tout temps dans la formule, aussi loin que l'on puisse remonter dans l'histoire romaine. Leur place est restée à l'époque classique ce qu'elle était dans la for-

(1) Cf. Partsch, *Die longi temporis praescriptio*, p. 78, n. 2, sur Papinien, *Dig.*, 31 (*De legatis et fideicommissis*), 77, 30.

(2) *Cod.* 8, 35 (36) : *De exceptionibus sive praescriptionibus*.

mule de l'*arbitrium liti aestimandae*, après l'*intentio* et devant la clause de condamnation.

La *praescriptio pro reo*, dont nous ne trouvons aucune trace dans l'histoire antérieure au temps de Gaius, a été empruntée aux Grecs (1), par l'intermédiaire des rhéteurs latins, pour désigner les objections, qui posaient la question d'action. Ensuite le mot *praescriptio* fut appliqué aux *exceptiones* formulaires et finalement à toutes sortes d'objections susceptibles de servir les intérêts de la défense.

Contrairement à ce qu'admet l'opinion courante, la *praescriptio pro reo* n'a fait que tardivement son apparition en droit romain, au cours même du développement de l'*exceptio* du défendeur, depuis longtemps existante.

(1) Hermogène, du reste, qui vivait autour de l'année 170 après Jésus-Christ, présente le terme *παράγραφη* comme une expression connue depuis longtemps en Grèce. Cf. Partsch *op. cit.*, pp. 74, n. 2 ; 76, n. 1.

CONCLUSION

L'opinion courante, qui interroge surtout les classiques, n'a pu trouver de réponse aux questions relatives à l'évolution des *exceptiones* dans l'ancien droit romain. L'analyse des survivances historiques, des témoignages indirects et de la terminologie nous a permis de reconstituer l'histoire des *exceptiones*. Celles-ci, avant de se fixer à l'époque classique, ont eu un long passé. Au début elles s'appliquaient au demandeur pour limiter l'objet de sa demande, comme au défendeur pour paralyser le droit certain de son adversaire et échapper à la condamnation. A cette époque elles étaient situées dans la formule à la même place, à la suite de l'*intentio* et devant la clause de condamnation.

Plus tard la clause d'absolution apparaît ; l'*intentio* se transforme en *demonstratio* ; la terminologie de *excipere* se spécialise : l'*exceptio* laisse en dehors d'elle ce qui intéresse le demandeur. La *praescriptio pro actore*, à laquelle l'idée d'écriture n'est pas nécessaire, ment associée, remplit désormais le rôle des *exceptiones* du demandeur. Sa place, alors, se trouve dans la *demonstratio* pour les actions personnelles incertaines.

Enfin l'*exceptio* se confine dans son rôle de moyen de défense. A l'époque classique, les jurisconsultes ne la connaissent guère que dans cette fonction. Sa place dans la formule n'a pas changé. La *praescriptio pro reo*, imitée de la rhétorique et du droit grecs, devient synonyme d'objection en général et absorbe à son tour les *exceptiones* du défendeur.

En même temps que les fonctions de l'*exceptio* nous apparaissent bien différentes de celles qu'elle avait à l'époque classique, l'âge de l'*exceptio* se présente comme beaucoup plus ancien que les auteurs modernes ne se le figurent.

Si la formule classique avec une *exceptio* du défendeur accuse une anomalie dans la structure de ses clauses de condamnation et d'absolution, l'explication ne peut pas en être cherchée ailleurs que dans l'existence première d'une *exceptio* du défendeur dans une formule, qui ne renfermait originairement qu'une clause de condamnation. L'addition ultérieure de la clause d'absolution au schéma de la formule provoqua cette anomalie, qui se perpétua à travers les siècles jusqu'en droit classique, où sa présence ne peut désigner qu'une survivance historique. C'est là un argument, qui révèle à nouveau les bases profondes et la valeur scientifique de la théorie de mon savant maître M. Huvelin sur l'origine de la formule dans l'*arbitrium liti aestimandae*.

De même la clause *cuius pecuniae dies fuit* accuse

l'existence d'une *vetus atque usitata exceptio*, au profit du demandeur en 663 U. C. dans la formule de la *legis actio per conductionem*. Pénétrés de l'idée que, seule, la loi Æbutia a fait surgir, entre autres choses, les formules, les auteurs modernes admettent en général que la formule n'a fait son apparition dans la *condictio* que depuis cette loi. Mais c'est une conséquence qui peut cadrer avec leur conception du rôle de la loi Æbutia. Elle ne s'accorde point cependant avec la persistance de la terminologie primitive de la *condictio*. Les formules existaient déjà dans l'*arbitrium liti aestimandae* pour l'estimation de l'objet litigieux et dans la *condictio* pour la réclamation de sommes d'argent ou de corps certains. La loi Æbutia n'a fait qu'étendre leur champ d'application à toutes les autres actions, sans supprimer d'ailleurs la procédure des *legis actiones*.

Cette évolution est tout à fait conforme du reste à l'esprit conservateur des Romains, qui abritaient sous des apparences extérieures immuables les modifications apportées aux institutions de leurs ancêtres. Cette transformation, lente et progressive, de la formule et de ses divers éléments, fait également apercevoir la continuité du développement historique de la procédure romaine, bien mieux qu'en se représentant la loi Æbutia comme une sorte de barrière historique, au delà de laquelle ni les formules ni les exceptions n'existaient et en deçà de laquelle apparaissent soudainement à foison des institutions dont l'origine reste inexpliquée et dont

l'adaptation dans un milieu, jusque-là habitué à la *legis actio* traditionnelle, ancestrale, demeure absolument inexplicable.

Mais alors, si les formules ont leur source dans les *legis actiones*, la doctrine de M. Girard sur la date et la portée de la loi *Æbutia* ne rendrait pas compte de cette évolution. Si d'une part, en effet, la date de la loi *Æbutia* (605-628) est exacte, la portée attribuée à cette loi ne paraît pas l'être puisque, avant cette loi, nous trouvons les formules et les exceptions qui, d'après ce célèbre historien, ne peuvent se présenter qu'après cette loi. Si d'autre part la portée de la loi est exacte, alors la loi *Æbutia*, qui aurait introduit la formule, serait d'une date bien plus ancienne que celle de 605-628.

Il semblerait que l'on puisse maintenant rechercher librement l'usage des formules et des exceptions même avant 605-628, sans encourir l'objection de principe que ces institutions n'ont pas pu s'appliquer avant cette date.

Vu :

Le président de la thèse,
HUVELIN.

Vu :

Lyon, le 28 juillet 1916.
Le Doyen de la Faculté.
L. JOSSERAND.

Vu et permis d'imprimer :
Lyon, le 11 juillet 1916.
Le Recteur de l'Académie,
JOUBIN.

ADDENDA ET CORRIGENDA

Le numéro de 1914 et celui de 1915 de la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abtheilung*, nous parviennent à l'instant même où nous corrigeons les épreuves de nos dernières feuilles. Nous n'avons relevé, comme intéressant les *exceptiones* et les *praescriptiones*, qu'un article de M. Eisele (*Z.S.St.*, 35, 1914, pp. 322-324) sur l'*exceptio* : « *si ea res in iudicio non est* ».

M. Eisele avait contesté (*Abhandlungen zum Civilprocess*, 1889) l'unité de l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, admise par M. Lenel, et établi que l'*exceptio rei iudicatae* était distincte de l'*exceptio rei in iudicium deductae*.

Le même auteur, tout en confirmant ses conclusions antérieures sur la duplicité de cette *exceptio*, s'efforce, dans l'article cité, de mettre en relief une troisième *exceptio*, confondue par MM. Lenel (*Edictum*², p. 489, n. 3) et Girard (*Textes*, 4^e éd., p. 169, n. 9), à tort selon lui, avec l'*exceptio rei in iudicium deductae*. Cette troisième *exceptio* est citée dans la loi agraire de l'année 643, ligne 38 :

[*De ea re iudicare iubeto*], *quae res soluta n[on siet inve iudicio] non siet indicatae non siet, quod eius praevaricationus [causa... vel per dolum malum petitorum patronorum]ve factum non siet.*

Le texte de la loi fait allusion à une *praescriptio pro reo quae res in iudicio non est*. Cette *praescriptio* s'est ensuite épanouie en une *exceptio si ea res in iudicio non est*. M. Eisele l'admet sans discussion et, sur l'évolution de ce moyen de droit, il est d'accord avec M. Girard. Mais l'auteur se sépare de M. Girard sur la fonction de cette *exceptio*, qu'il croit différente de celle de l'*exceptio rei in iudicium deductae*. Tandis que l'*exceptio rei in iudicium deductae* se fonde sur le droit déduit en justice par la *litis contestatio* et que l'*exceptio rei iudicatae* s'attache à la sentence ultérieure, l'*exceptio si ea res in iudicio non est* a une place intercalaire : elle se fonde sur l'état du droit tel qu'il se trouve après la *litis contestatio* et avant la sentence

éventuelle. Tant que la sentence n'est pas rendue, l'affaire, une fois qu'elle a été incluse dans la *litis contestatio*, est *in iudicio*. Si le demandeur intente un second procès, au moment où le premier est encore *in iudicio*, le défendeur peut invoquer comme condition de ce second procès l'*exceptio si ea res in iudicio non est*. Si nous comprenons bien la pensée de l'auteur, l'*exceptio si ea res in iudicio non est* joue le rôle d'une exception de litispendance. Son application devient particulièrement utile dans les *iudicia imperio continentia*.

Confondre l'*exceptio rei in iudicium deductae* avec l'*exceptio si ea res in iudicio non est* serait se méprendre sur la signification de ces expressions juridiques. L'expression *res in iudicium deducta* a un sens plus large que l'expression *res in iudicio*. En effet, dès que l'on peut dire : *res in iudicio est*, on peut également déclarer : *res in iudicium deducta est*, puisque l'affaire ne peut pas être *in iudicio* sans avoir été au préalable déduite, lors de la *litis contestatio*, *in iudicium*. De plus, les termes *res in iudicium deducta est* trouvent encore leur application, quand l'affaire par suite de la sentence rendue ou même de toute autre cause n'est plus *in iudicio* ; car il reste toujours vrai que la *litis contestatio* a eu lieu et qu'autrefois la *res* a été *in iudicium deducta*. Ainsi l'expression *res in iudicium deducta* comprend tous les cas où la *res* se trouve ou s'est trouvée *in iudicio* ; elle annonce que la phase *in iudicio* commence, ou a commencé autrefois, mais elle n'indique point la suite qu'a comporté le litigesentence, péremption d'instance, etc... L'expression *res in iudicio* se précise au contraire que la *res*, antérieurement *deducta in iudicium*, se trouve actuellement dans la phase *in iudicio* du procès pour être probablement, mais non certainement l'objet d'une sentence éventuelle de la part du *iudex*.

Si l'on donne à l'*exceptio res in iudicio non est* un sens équivalent à celui de l'*exceptio rei in iudicium deductae*, on attribue à la loi agraire un pléonasme invraisemblable et, faute de distinguer les cas d'application de l'une et de l'autre, on ne reconnaît à l'*exceptio si ea res in iudicio non est* aucune originalité, malgré le texte de la loi agraire. D'ailleurs un passage de Gaius, 4, 110, s'il ne confirme pas absolument cette originalité de l'exception *si ea res in iudicio non est*, est loin de considérer l'*exceptio rei in iudicium deductae* comme étant synonyme de l'*exceptio si ea res in iudicio non est*.

*
* * *

Cette question de l'*exceptio si ea res in iudicio non est* se rattache

au problème plus large de la chose jugée. Les auteurs sont en désaccord sur l'unité ou la duplicité de l'*exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae*, ainsi que sur son apparition en droit romain.

Evidemment cette expression de l'époque classique semble trahir l'existence originaire de deux exceptions distinctes, avant leur fusion. Peut-être, comme l'admet M. Lenel, l'*exceptio rei indicatae* a fait son apparition la première. Cette supposition trouverait encore son appui dans ce que nous connaissons de la procédure ancienne. Sous les actions de la loi, le *iudex* du *sacramentum* vérifiait le fond du droit des parties et déclarait, suivant les cas, *iniustum* le *sacramentum* d'une partie, *iustum* celui de l'autre, *iniusta* celui des deux. Après la sentence, la *res* était alors une *res iudicata*, comme le plaideur, dont le *sacramentum* avait été reconnu *iniustum*, était devenu un *iudicatus*. Plus tard, lors de l'extension de la procédure formulaire, au moment où d'une part les parties furent dispensées de mettre en mouvement le *sacramentum* initial, et où d'autre part le *iudex* de l'*arbitrium* eut le pouvoir nouveau de statuer sur le fond même du litige, l'*exceptio rei in iudicium deductae* put faire son apparition. Le prêteur, en délivrant une formule (*iudicium*) rendait une sentence (*iudicium*), que le *iudex* devait vérifier, puisque cette sentence, à cause de la fiction du *sacramentum*, présentait en apparence comme résolu le litige qu'en réalité le *iudex* devait résoudre (Cf. *supra*, p. 184). On put dès lors dire que l'affaire portée en justice était au moment de la délivrance de la formule déduite *in iudicium*.

Nous nous bornons à cette suggestion sur l'apparition des exceptions *rei indicatae*, puis *rei in iudicium deductae*. Le plus intéressant pour nous est de relever ici l'accord de M. Eisele et de M. Girard (*Mél. de dr. rom.*, I, 1912, pp. 95-97) sur l'existence d'une *praescriptio pro reo* : *quae res in iudicio non est*. A la vérité, nous ne croyons pas que la *praescriptio pro reo* ait existé avant l'*exceptio*, ici plus qu'ailleurs. La loi agraire ne parle ni d'*exceptio* ni de *praescriptio*. Pour quelle raison admettrait-on que la *res in iudicio* a d'abord été l'objet d'une *praescriptio* ? Serait-ce en vertu des idées de Gaius sur l'antériorité de la *praescriptio* par rapport à l'*exceptio* ? Nous avons déjà répondu à cette question (Cf. pp. 226-242) : d'abord des *exceptiones* apparaissent sans avoir été précédées par des *praescriptiones* ; ensuite des *exceptiones* sont au contraire, à partir de Gaius, appelées *praescriptiones* ; enfin le schéma de la formule n'implique nullement la filiation de l'une par rapport à l'autre. Serait-ce pour conférer de l'ancienneté à l'*exceptio si ea res in iudicio non est* ? Mais nous savons qu'en réalité l'*exceptio*, d'une acception très large

au début de l'histoire de la procédure romaine, a précédé la *praescriptio*, qui n'est qu'une spécialisation récente de l'*exceptio*. Dès lors, mieux vaudrait l'appeler *exceptio*. En tout cas, il est évident qu'il faut se garder de céder à l'influence du récit de Gaius, pour transporter dans les époques anciennes des notions de l'âge classique.

P. 82, ligne 18. Au lieu de : Cicéron aura écrit, lisez : Cicéron aurait écrit.

P. 158, note 1. Au lieu de cf. *suprà*, p. 143, n. 1, lisez p. 143, n. 2.

10 novembre 1916.

TABLE

DES PRINCIPAUX TEXTES COMMENTÉS

Plaute :

Aulul., 4, 10, 28-29	p. 123.
4, 10, 45	p. 84.
Curc., 4, 2, 10.	p. 99, n. 1.
Mil. glor., 2, 2, 13	p. 84.
Pers., 4, 3, 9.	p. 99, n. 1.
Poenul., vers 800.	p. 123.
Rud., 2, 3, 66	p. 84.
4, 3, 47	p. 84.
4, 3, 80	p. 85.
4, 4, 140-141	p. 85.
5, 2, 5.	p. 85.
5, 3, 6.	p. 85.
vers 14	p. 99.

Térence :

Andr., vers 151.	p. 195 ; p. 200.
Eun., 2, 3, 27	p. 219, n. 1.
Phorm., 2, 2, 15	p. 124.
2, 3, 91-92.	p. 124.
1, 2, 77.	p. 124.
4, 3, 63	p. 124.

Caton :

De agri. cultura, praef. I	p. 35, n. 1.
--------------------------------------	--------------

Varron :

De ling. lat., 5, 180.	p. 32, n. 1.
Rer. rust., 2, 2, 5.	p. 201.
2, 2, 6.	p. 219, n. 1.
3, 12, 5	p. 210, n. 1.

Cicéron :

- De finibus, II, 1, 3. p. 211.
 V, 29 p. 239, n. 2.
 De inventione, II, 19, 57 p. 13, n. 2 ; p. 244, n. 4.
 II, 20 p. 236.
 De natura deorum, III, 30, 74. p. 31, n. 1.
 De oratore, I, 36, 166-167. p. 28, n. 1 ; p. 33, n. 1 ;
 p. 36, n. 1 ; p. 43, n. 1 ;
 p. 77, n. 1.
 I, 37, 168. p. 77 et ss. ; p. 214.
 Ep. ad. fam., VII, 18, 2. p. 120 et ss. ; p. 157.
 In Uerrem, 12, 2, 15 p. 134 et ss.
 12, 2, 24, 59 p. 135 et ss.

Auctor ad Herennium :

- Rhetorica I, 12, 22 p. 13, n. 2 ; p. 244, n. 4.
 II, 13, 20. p. 231, n. 3.

Horace :

- Satires, II, 1, 82-86. p. 118, n. 2 ; p. 144 et ss.

Quintilien :

- Inst. Orat., III, 6. p. 244.
 VI, 3, 83. p. 159 ; p. 206, n. 1.
 VII, 5 p. 245.

Tacite :

- Ann., 3, 57 p. 205.
 Hist., 2, 65. p. 205.
 Dia., 36. p. 153, n. 2.

Pline le Jeune :

- Ep., 5, 16, 10 p. 156, n. 1.

Aulu-Gelle :

- Nuits, 16, 10, 8 p. 18, n. 1.
 20, 1, 38 p. 35, n. 2.

Macrobe :

- Saturn., I, 6, 30 p. 131, n. 1.
 3, 16, 16. p. 118, n. 1 ; p. 125.

Gaius :

Institutes, 4, 11	p. 18, n. 2 ; p. 27, n. 1.
13.	p. 101, n. 1.
18.	p. 100, n. 1.
30.	p. 18, n. 1 ; p. 128 et ss.
42.	p. 173, n. 1.
44.	p. 173, n. 1.
47.	p. 169.
50.	p. 48, n. 1 ; p. 103, n. 2 .
60.	p. 181 ; p. 187, n. 1 .
108.	p. 18, n. 2 ; p. 66, n. 1 ; p. 74, n. 2 .
119	p. 6, n. 1 ; p. 48, n. 1 ; p. 223, n. 2 .
131	p. 118, n. 1 ; p. 162, n. 3 ; p. 208 et ss
131 a.	p. 208 et ss.
132.	p. 7, n. 1 ; p. 191 ; p. 205, n. 6.
133.	p. 6, n. 2 ; p. 8, n. 1 ; p. 118, n. 1 ; p. 162, n. 3 ; p. 228 et ss. ; p. 235, n. 2 ; p. 242, n. 1 ; p. 256 et ss.
136.	p. 98, n. 1 ; p. 111, n. 1 ; p. 167 ; p. 193 ; p. 207 et ss.
137.	p. 111, n. 1 ; p. 167 ; p. 207 et ss.
141.	p. 118, n. 1 ; p. 162, n. 1 .
163.	p. 187, n. 1.

C. Justinien :

2, 4, 6.	p. 188, n. 2 ; p. 192, n. 4.
3, 31	p. 238, n. 2.
7, 56, 1	p. 251, n. 9.
8, 35 (36).	p. 259.

Digeste :

2, 15, 9, pr.	p. 231, n. 3 ; p. 251, n. 9.
3, 2, 21, pr.	p. 153.
4, 2, 9, 8.	p. 161, n. 4.

4, 3, 7, 2	p. 219, n. 1.
5, 1, 35	p. 241, n. 1.
12, 2, 34, pr.	p. 101, n. 1.
25, 4, 1, 10.	p. 161, n. 3.
26, 7, 1, 16.	p. 161, n. 2.
27, 5, 1, pr.	p. 161, n. 4.
40, 12, 42	p. 251, n. 1 ; p. 255, n. 1.
41, 3, 21.	p. 256, n. 1.
42, 1, 3	p. 173, n. 1.
43, 8, 2, pr.	p. 161, n. 1.
44, 1, 2, pr.	p. 8, n. 1 ; p. 224, n. 3.
2	p. 8, n. 1.
22	p. 224, n. 3.
23	p. 255, n. 2.
48, 10, 1, pr.	p. 153, n. 1.
50, 17, 37	p. 173, n. 1.

BIBLIOGRAPHIE SPÉCIALE (1)

Arangio-Ruiz. — La formule con demonstratio e la loro origine, 1912.

Audibert. — L'évolution de la formule des actions *famillae eriscundae et communi dividundae*. *Mélanges Appleton*, 1903, pp. 22-23.

— Les différents noms de l'action *praescriptis verbis*. *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 20-42.

— L'expression *civilis in factum* et son caractère byzantin. *Mélanges Fitting*, 1907, pp. 35-58.

— La formule sans *intentio*. *Mélanges P. F. Girard*, I, 1912, pp. 35-65.

Bekker. — Die Aktionen des römischen Privatrechts, I, 1871, p. 270 et ss.

— Processualische Consumtion, 1853.

— *Z. S. St.*, 15, 1894, p. 164 et ss.

— *Z. S. St.*, 27, 1906, p. 36 et ss.

Bülow (O.). — Die Lehre von de Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, 1868, p. 95 et s. ; p. 243 et ss.

Brassloff. — *Z. S. St.*, 27, 1906, pp. 216-228.

Crémieu. — La justice privée. Son évolution dans la procédure romaine, thèse Paris, 1908.

Dernburg. — Ueber das Verhältniss der *hereditatis petitio* zu den erbschaftlichen Singular-Klagen, 1852, pp. 30-45.

Erman. — *Z. S. St.*, 17, 1896, p. 334.

— *Z. S. St.*, 19, 1898, pp. 275-285.

Fliniaux. — Le *vadimonium*, thèse Paris, 1908.

— Le *dicarum scriptio* et deux papyrus égyptiens de l'époque ptolémaïque, *N. R. H.*, XXXIII, 1909, pp. 535-549.

(1) Nous ne mentionnons dans cette liste ni les traités généraux, ni les ouvrages auxquels nous avons fait des emprunts sans importance.

- Girard.** — *N. R. H.*, 1889, pp. 208-209.
 — Mélanges de droit romain, I, 1912 : La date de la loi *Æbutia*, pp. 67-113. Nouvelles observations sur la date de la loi *Æbutia*, pp. 114-175.
- Huvelin.** — La notion de l'*iniuria* dans le très ancien droit romain, 1903.
 — *L'arbitrium liti aestimandae* et l'origine de la formule. *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 319-354.
 — Etudes sur le *Furtum* dans le très ancien droit romain, I, 1915.
- Karlowa.** — Der römische Civilprocess zur Zeit der Legisaktionen, 1872, pp. 255-343.
- Keller.** — Ueber Litiscontestation und Urtheil, 1827.
- Koschaker.** — *Z. S. St.*, 34, 1913, pp. 433-437.
- Krüger (H.).** — *Z. S. St.*, 26, 1905, p. 543 et ss.
 — *Z. S. St.*, 29, 1908, pp. 378-389.
- Krüger (P.).** — Processualische Consumtion, 1864.
- Kübler.** — *Z. S. St.*, 16, 1895, p. 179 et ss.
- Lenel.** — Ursprung und Wirkung der Exceptionen, 1867.
 — *Z. S. St.*, 30, 1909, pp. 320-354.
- Mitteis.** — Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I, 1908.
- Partsch.** — Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse, 1905, pp. 1-18.
 — Die *longi temporis praescriptio*, 1906, pp. 60-120.
 — *Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 440-446.
- Pissard.** — Les questions préjudicielles en droit romain, thèse Paris, 1908.
- Schlossmann.** — Rhein Museum für Philolog., N. F., LX, p. 631 et ss.
 — *Litis contestatio*, 1905.
 — *Praescriptiones und Praescripta verba*, 1907.
- Trampedach.** — *Z. S. St.*, 18, 1897, pp. 135-145.
- Wlassak.** — Römische Processgesetze, I, 1888, pp. 62-103.
 — Die *litiscontestatio* im Formularprocess, 1889.
 — Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren, Erster Teil, *Z. S. St.*, 25, 1904, pp. 81-118 ; Zweiter Teil, *Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 1-114.
 — Der Ursprung der römischen Einrede, 1910.
 — *Praescriptio* und bedingter Process, *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 81-159.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS	1-3
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE	3-24
Aperçu de l'opinion dominante, p. 5. — Notre point de vue, p. 16. — Division de notre sujet, p. 21.	
LIVRE PREMIER. — Existence des exceptiones du défendeur et du demandeur sous les Actions de la loi.	25-110
CHAPITRE PREMIER. — Existence de la formule à l'époque des Actions de la loi.	27-44
La formule dans la <i>egis actio per iudicis postulati-</i> <i>nem</i> , intentée sous forme d'un <i>arbitrium liti aesti-</i> <i>mandae</i> accessoirement à une <i>legis actio per sacra-</i> <i>mentum</i> , p. 28. — Mécanisme des deux instances : <i>per sacramentum</i> et <i>per arbitrium liti aestimandae</i> , p. 30. — Utilité de la formule dans l' <i>arbitrium</i> , p. 34. — Contenu de cette formule, p. 35. — Com- paraison de la formule de l' <i>arbitrium</i> avec la for- mule de l'époque postérieure, p. 36. — Traces de l'existence ancienne de la formule, p. 38.	
CHAPITRE II. — Les exceptiones du défendeur sous les Actions de la loi.	45-75
Argumentation de l'opinion dominante sur l'absence de l' <i>exceptio</i> à l'époque des Actions de la loi, p. 45.	
1 ^o Argument du schéma de la formule de l'époque classique contenant une <i>exceptio</i> du défendeur	45-65
Section I. — Quelle est l'anomalie d'une telle formule, p. 47.	

Section II. — Explications déjà données, p. 50.	
Section III. — Critique de ces explications, p. 52.	
Section IV. — Explication nouvelle, p. 60.	
2° Argument du principe de l'unité de question posée au iudex des Actions de la loi.	66-75
Section I. — <i>Per sacramentum</i> , p. 67.	
Section II. — <i>Per arbitrium liti aestimandae</i> , p. 70.	
CHAPITRE III. — Les exceptiones du demandeur sous les Actions de la loi.	76-110
Texte du <i>De Oratore</i> sur une <i>exceptio</i> du demandeur, p. 77.	
1° Examen des explications données.	80-82
2° Notre interprétation	83-119
Section I. — Terminologie : <i>exceptio-excipere</i> , p. 84.	
Section II. — Conséquences, p. 98. — 1° Nature et caractères de l'action engagée, p. 98. — 2° Place de l' <i>exceptio cuius pecuniae dies fuit</i> dans la formule de la <i>condictio</i> , p. 104. — 3° Rôle de cette <i>exceptio</i> , p. 105. — Comparaison de l' <i>exceptio</i> du deman- deur avec l' <i>exceptio</i> du défendeur aux temps des Actions de la loi, p. 105. — Inexactitude de l'opi- nion courante, p. 107.	
LIVRE II. — Dédoublement de l'<i>exceptio</i>. Apparition de la <i>praescriptio pro actore</i>	111-216
CHAPITRE PREMIER. — Caractère écrit ou oral de la formule	113-166
1° Exposé historique sommaire de la question, p. 113.	
2° Etude de la question au fond, p. 121.	
1° Période antérieure à Cicéron	121-133
A. — Textes littéraires, pp. 121-127.	
a) Textes de Plaute et de Térence : <i>dicam scribere subscribere</i> , p. 121.	
b) Texte de Macrobie : <i>tabulae</i> , p. 125.	
B. — Texte juridique : Gaius, 4, 30, pp. 127-133.	
2° Période d'après Cicéron.	133-161

A. — Textes littéraires ne visant même pas la formule, pp. 134-157.

a) Textes des Verrines : *dicam scribere*, p. 134.b) Texte d'Horace : *tabulae*, p. 143.

§ 1. — Examen critique des explications fournies, p. 145.

§ 2. — Explication de Brassloff, p. 151.

c) Texte de Pline, p. 156.

B. — Textes littéraires faisant allusion à une formule écrite, pp. 157-160.

a) Texte de Cicéron : *formulae*, p. 157.b) Texte de Quintilien : *iudicium subscribere*, p. 159.

C. — Textes juridiques concernant la formule même de procédure, pp. 160-161.

a) Expressions *dabo iudicium*, p. 161.b) Expressions *editis formulis*, p. 161.

CONCLUSIONS. 162-166

CHAPITRE II. — Date à laquelle la *demonstratio* a pu apparaître dans la formule 167-189Section I. — *La demonstratio est née après la loi Æbutia*. 168-172Section II. — *La demonstratio existait avant la loi Æbutia*. 172-182

§ 1. — Exposé de la doctrine de M. Arangio-Ruiz, p. 176.

§ 2. — Critique de cette opinion, p. 179.

Section III. — *La demonstratio a été créée par la loi Æbutia*. 183-189CHAPITRE III. — La signification de *praescriptio-praescribere* et la date de l'apparition de la *praescriptio* dans la *demonstratio* 190-216Section I. — *Signification de praescriptio-praescribere*. 190-207

§ 1. — Opinion traditionnelle, p. 191.

§ 2. — Opinion dissidente, p. 192.

§ 3. — Notre opinion : Terminologie de *praescribere*, *praescriptio*, p. 200.

Section II. — *Dale à laquelle a pu apparaître dans la formule la praescriptio pro actore* . . . 207-216

Eléments de la *praescriptio* à l'époque de Gaius, p. 207. — Sens des mots : *ea res agatur*, p. 208.
— Texte du *De finibus*, p. 211.

§ 1. — Fonction de *praescribere*, p. 211.

§ 2. — Existence de la *praescriptio pro actore* à l'époque de Cicéron, p. 213.

LIVRE III. — Restriction progressive de l'exceptio et apparition de la *praescriptio pro reo* . . . 217-260

CHAPITRE PREMIER. — Restriction de l'exceptio . . . 219-225

Sens du mot *excipere* chez les auteurs littéraires, p. 220. — Chez les juriconsultes classiques, p. 223.

CHAPITRE II. — Critique de l'opinion courante sur la prétendue antériorité de la *praescriptio pro reo* par rapport à l'exceptio du défendeur . . . 226-243

Section I. — La *praescriptio pro reo* serait-elle l'origine de toutes les exceptiones du défendeur, p. 227.

Section II. — La *praescriptio pro reo* serait-elle l'origine de quelques exceptiones du défendeur seulement, p. 232.

CHAPITRE III. — Essai sur la *praescriptio pro reo* . . . 243-260

Section I. — Terminologie de *praescriptio praescribere* entendus du côté du défendeur, p. 243.

1° Textes littéraires, p. 243.

2° Textes juridiques, p. 250.

Section II. — Conclusions résultant de la terminologie de *praescriptio praescribere*, p. 252.

§ 1. — Origine des *praescriptiones* du défendeur, p. 252.

§ 2. — Apparition et extension progressive de la *praescriptio* du défendeur, p. 254.

TABLE DES MATIÈRES

279

CONCLUSION	261-264
ADDENDA ET CORRIGENDA	265
PRINCIPAUX TEXTES COMMENTÉS	269
BIBLIOGRAPHIE SPÉCIALE.	273

Imprimerie J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)
